



RESOLUÇÃO

Revista de direito e ciências gerenciais

vol. 02 n. 01 nov/2018

EMMANUEL LÉVINAS: SEPARAÇÃO E DISCURSO

Lindomar Rocha Mota, Renato Diniz Magalhães Filho

A LEI Nº 13.457/2017: AS NOVAS REGRAS EM RELAÇÃO AO AUXÍLIO-DOENÇA E A IMPOSIÇÃO DA ALTA PROGRAMADA

Léia Maria Monteiro Gandra, Ana Paula Brandão Ribeiro

(IN)APLICABILIDADE DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO DE ACORDO COM O ART. 611-A DA CLT COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 13.467/2017 REFORMA TRABALHISTA.

Gilceu Ferreira da Costa, Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho

SEGURANÇA OCUPACIONAL: ANÁLISE DAS MUDANÇAS ESTRUTURAIS E COMPORTAMENTAIS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DA NORMA OHSAS 18001 EM UMA EMPRESA MULTINACIONAL DO SEGMENTO FLORESTAL.

Aulus Vinícius de Almeida Ferreira, Ana Carolina Fonseca Viana

A NOVA PERSPECTIVA DA INCAPACIDADE ABSOLUTA SOB A ÓTICA DO ESTATUDO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – PROTEÇÃO INSUFICIENTE?

Américo Braga Júnior, Marcela Souza de Paula

A PROVA PENAL CONSTITUCIONALIZADA E A INDISPENSABILIDADE DO CONTROLE EPISTÊMICO

Gerald Henrique Freitas Carvalho, Waldir Miguel dos Santos Júnior

ANIMAIS NÃO HUMANOS: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

Leana Mello, Gabrielle Cassiana Simões de Souza

A MORTE DIGNA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

Gustavo Matoso de Carvalho, Douglas Eduardo Figueiredo Souza

O PLURALISMO JURÍDICO LABORAL NA REFORMA TRABALHISTA E A PSEUDO MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

Geraldo Antônio Avelino

PANORAMA DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO CURSO DE BACHARELADO EM ADMINISTRAÇÃO DA FACULDADE ARQUIDIOCESANA DE CURVELO NO PERÍODO DE 1994-2014.

Ariane Maria Ferreira Barata, Juliana Caroline Coutinho Coelho Guimarães, Geraldo Magela Guimarães



Faculdade Arquidiocesana de Curvelo

Resolução - Revista de Direito e Ciências Gerencias

Vol.1 - 2018

Curvelo/MG

ISSN 2525-9245

RESOLUÇÃO

Revista de direito e ciências gerenciais

Editor:

Prof^o Dr. Lindomar Rocha Mota

Co-Editores:

Prof^o Dr. Adalberto Antônio Batista Arcelo

Prof^o Dr. Delmar de Oliveira

Prof^a Leana Mello

Prof^a Gleice Leila Barral

CONSELHO EDITORIAL

Prof^a Dr^a. Alexandra Vilela - Universidade Lusófona do Porto

Prof^a Ms. Cláudio Rosa Bastos - PUCMinas.

Prof^a Dr^a. Inês Godinho - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Rui Albuquerque - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Manuel Damásio - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Jorge Leite - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. Paulo Brito - Universidade Lusófona do Porto

Prof^o Dr^o. César de Castro Fiuza - UFMG

Prof^a Dr^a. Wilba Maia Bernardes - PUCMinas.

Prof^o Dr^o Lindomar da Rocha Mota - FAC e PUCMinas.

Prof^a Dr^a. Déa Carla Pereira Nery - Universidade Estadual da Bahia.

Prof^o Dr^o. Hermes Guerrero - UFMG.

Prof^o Ms. Daniel Henrique Lucc iArriero - FAC

Prof^o Dr^o. Adalberto Antônio Batista Arcelo - PUCMinas e FAC.

Prof^o Ms. Vinícius Silva Bonfim - FAC

Prof^o Dr^o. José Boanerges Meira - PUCMinas e FAC.

Prof^a Ms. Carlúcia Maria Silva - FAC e UEMG.

Prof^a Ms. Juliana Carolina Coutinho Coelho Guimarães - FAC

COMISSÃO TÉCNICA

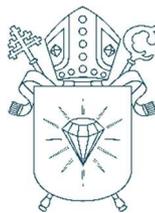
Prof^o Dr. Lindomar Rocha Mota - FAC

Adm. Adriano Geraldo Leão de Oliveira - FAC



**Faculdade
Arquidiocesana
de Curvelo**

Pe.Lindomar Rocha Mota
Diretor
Pe. Renato Magalhães Dinis Filho
Vice-Diretor
Adalberto Antônio Batista Arcelo
Coordenador de pesquisa
Leana Melo Coordenadora de extensão
Edna Quintiniano
Bibliotecária CRB 62418
Editoração Eletrônica
Adriano Leão – Coordenador de TI



**Mitra
Arquidiocesana
de Diamantina**

Dom Darci José Nicioli, C.Ss.R.
Arcebispo Metropolitano

Revista da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/
Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. V. 1, Curvelo: Fac,
2018.

Semestral

ISSN: 2525-9245

I. Administração de empresas - Periódicos. II. Direito. III.
Faculdade Arquidiocesana de Curvelo
CDU-658(05)

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca
Monsenhor Paulo Vicente de Oliveira

Os artigos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões
neles contidas não representam, necessariamente, pontos de vista da
Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

EDITORIAL

Ao publicar mais um número a revista Resolução, da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo, dá outro passo para a difusão do conhecimento e a produção de pesquisas.

A presente edição é aberta com uma reflexão sobre o pensamento de Emanuel Lévinas e suas implicações éticas a respeito da imprescindível necessidade de se considerar o *outro* como algo de infinito em sua irreduzibilidade a qualquer vontade estranha. A liberdade posta como fundamento do sujeito é um processo que se alcança a partir da dignidade requisitada que cada um faz e exige.

A dignidade da pessoa se encontra fortemente representada e cultivada no Estado, por isso, suas mudanças e supressões é matéria de análise no segundo artigo. Fazendo uma abordagem acerca de tais mudanças no que diz respeito à concessão, manutenção e cessação do benefício e os reflexos dessas alterações, especificamente sobre a imposição da alta programada na vida dos segurados.

O trabalho, como garantido nos direitos fundamentais do indivíduo é tratado em sua urgência temporal no terceiro artigo, que pesquisa teses jurídicas e entendimentos já consolidados de juristas e especialistas da área, a fim de detectar o futuro desta norma com relação a sua aplicação conforme pretende a Reforma Trabalhista.

O fim do trabalho é a pessoa. Ele não pode ser resumido ao lucro, principalmente àquele que subjuga e fere a dignidade do trabalhador. Neste sentido o artigo seguinte analisa o processo de implantação da certificação e as principais mudanças que ocorreram a partir da padronização das atividades no comportamento dos empregados, sobretudo em relação à conscientização dos riscos e perigos inerentes ao trabalho e conseqüentemente na cultura da empresa.

A tradição humanista da FAC conclama sempre uma atenção especial à pessoa, e, com mais apreço, aos mais vulneráveis. Neste sentido o quinto artigo apresenta uma análise crítica às alterações feitas no Código Civil, no tocante à teoria das incapacidades pela nova legislação que demonstram mais prejuízos do que benefícios para a proteção dos deficientes.

A defesa da liberdade de todos é a defesa da liberdade de cada um. Mesmo tipos muito odiosos como os corruptos e os gananciosos não podem ser punidos prescindindo do mesmo direito que cabe a todos. Tal tema é atual e iminente, principalmente em razão de o cenário político atual não corresponder às expectativas sociais, especialmente no que tange aos diversos escândalos de corrupção. Nesse viés, provar tais atos e punir os agentes políticos

é, de fato, tarefa necessária à dignidade da nação; entretanto, um processo que tenha por finalidade interesse tão nobre, não pode nutrir-se de práticas inquisitoriais.

O mundo humano é formado pelo ser humano e tudo que o circunda, como bem salientou Martin Heidegger. A defesa do planeta, enquanto casa comum, nas palavras do Papa Francisco, exige também do direito a sua parcela de responsabilidade. O oitavo artigo discorre sobre um tema de fronteira a respeito da proteção de animais no Código Civil brasileiro.

A vida como bem do indivíduo ecoa nas linhas do artigo seguinte. Quando analisada do ponto de vista jurídica, os autores constataam que a vida é o primeiro e mais fundamental do direito tutelado pelo ordenamento jurídico e se torna condição primordial para o exercício de outros direitos.

No mundo da vida onde as negociações são necessárias e constantes, o autor traz à tona os temas de última hora das relações trabalhistas no Brasil e analisa se a flexibilização e desregulamentação trabalhistas, de fato acarretaram melhorias aos trabalhadores. Nesse sentido, serão enfatizadas as alterações ocorridas nas figuras das horas *in itinere*, a prevalência do negociado sobre o legislado e a não obrigatoriedade da contribuição sindical.

Concluindo este número, tem-se uma avaliação do panorama das produções científicas realizadas no curso de Bacharelado em Administração no período de 1994 a 2014, de modo a perceber a articulação geral entre ensino e pesquisa, um dos motores da evolução de qualquer sociedade.

Este número chega num momento oportuno, articulando temas de interesse contemporâneo e discursivo com a realidade de alunos e professores da FAC, insinuando-se de altíssima urgência para toda a comunidade acadêmica.

Prof. Dr. Lindomar Rocha Mota

Diretor

EMMANUEL LÉVINAS: SEPARAÇÃO E DISCURSO

EMMANUEL LEVINAS: SEPARATION AND SPEECH

Lindomar Rocha Mota¹

Renato Diniz Magalhães Filho²

RESUMO

Este artigo analisa a primeira parte de *Totalidade e Infinito* de Emanuel Lévinas e sua tentativa de superar a violência que nasce no pensamento Ocidental. Uma violência que se expressa na tentativa de reduzir o outro a um objeto.

Palavras-chave: Totalidade, infinito; discurso; separação; violência.

ABSTRACT

This article analyzes the first part of Emanuel Lévinas' *Totality and Infinity* and his attempt to overcome the violence that arises in Western thought. A violence that is expressed in the attempt to reduce the other to an object.

Keywords: Totality; infinity; speech; separation; violence.

1. INTRODUÇÃO

O pensamento de Emmanuel Lévinas constitui um desafio para a história da filosofia e, de algum modo, mais particularmente, para o leitor não iniciado no seu pensamento. A primeira dificuldade é constituída pela forma do seu escrito (*Totalidade e infinito*), que se apresenta na máxima densidade, ordenando uma série de conceitos que, na maioria, não são

¹ Doutor em filosofia pela Universidade Gregoriana e pós-doutor em direito e democracia pela Universidade de Coimbra. Professor da FAC e da Puc Minas.

² Mestre em filosofia pelo *Ateneo Pontificio Regina Apostolorum* (UPRA). Professor da FAC.

aprofundados, mas aparecem ali para justificar um pensamento sucessivo ou que se apresentará em contrário.

Entrar no mundo de Lévinas compreende não apenas olhar um “sistema” individual, mas, sobretudo, comporta uma abertura de oposição a qualquer sistema que tenha como fim totalizar o pensamento e, como tal, a própria individualidade, tão cara ao autor. É justamente sobre a possibilidade de totalização que se opõe o pensamento levinasiano, entrar na questão da totalidade e da separação equivale a estar dentro de uma nova forma de raciocinar e de elaborar um método filosófico.

Entendidas as linhas gerais do pensamento não menos simples é adquirir familiaridade com a linguagem, porquanto, também esta procura uma separação da forma greco-clássica, que durante toda a história da filosofia se firmou como conteúdo obrigatório para aqueles que procuram pensar a partir da plataforma lógico-científica.

Cada detalhe em Lévinas assume um significado próprio - a sua descendência hebraica, seu tempo histórico, especialmente porque compreende a duração de uma Guerra mundial. O que, segundo ele, Teria sido gestada a partir do pensamento totalizante do Ocidente. O enfrentamento, portanto, desta situação “prática” se encontra na própria raiz, isto é, no pensamento mesmo que a provocou.

Tudo leva a crer, a este ponto, que Lévinas procura um caminho fora das soluções que a própria filosofia nos deu sobre problema da guerra até agora, soluções que procuraram absolver o *outro* em *si mesmo*, do que respeitar a real condição da alteridade.

Lévinas aparece como um pensador isolado, mas sem perder aquela fundamental conexão dialogal com diversas tradições do pensamento filosófico, seja para apoiar-se sobre elas, seja para elaborar a crítica contra a sua forma de totalização.

A primeira escola levinasiana – podemos colocar evitando muitos detalhes – foi a corrente fenomenológica, mais especificamente aquela de Husserl, porquanto esta em seu sentido mais específico procurou libertar a filosofia do cruzamento estabelecido entre o idealismo e o realismo, voltando um olhar atento à coisa mesma. Mais tarde Lévinas reconhecerá que também essa teoria é uma postura ainda bastante intelectualística.

Dado essa contingência, Husserl, permaneceu fiel preso à tradição que ainda imperava no Ocidente, isto é, aquela corrente que se limitava a uma simples representação

ótica do ser, sem considerar a real proximidade entre o sujeito e a realidade, colocados numa distância abissal.

O passo de ruptura definitiva com o idealismo clássico se dará na aproximação com Heidegger. O pensamento heideggeriano será, na reflexão de Lévinas, uma correção da filosofia de Husserl, mesmo considerando que o próprio Husserl fará uma correção em sua segunda fase, sobretudo depois do 1929, onde ocorre um desenvolvimento e se abandonará a interpretação idealista da fenomenologia.

Lévinas reconhece, também no pensamento kantiano, uma tentativa de reelaboração do pensamento Ocidental através do imperativo ético, que, a seu modo, abandona o primado da ontologia como grandeza na reflexão filosófica. Um movimento positivo que supera o subjetivismo e desenvolve o respeito ao concreto, procurando a fundação de uma moral não violenta. Mas essa ideia também não se concretizou, porquanto é um movimento que leva novamente à transcendência mediante a universalidade da norma.

Lévinas proporá, portanto, uma filosofia do *noumeno*, realizada plenamente em Totalidade e Infinito. A centralidade do *noumeno*, que aparece através do pensamento ético, supera a pretensão exclusiva de objetividade por parte dos esquemas que procuram uma estruturação fundamental no campo dos fenômenos. Por outro lado, a natureza *noumênica* do outro que se manifesta permite uma relação de *não-violência*, já que o Outro permanece sempre um mistério.

Este pensamento, inicialmente, justifica o esforço sucessivo de Lévinas para não permitir que o Outro seja aprisionado em si mesmo. A única possibilidade de romper com este estado de violência é através de um processo de **Separação** atuado na inversão da proposta filosófica que deve prosseguir investigando o *noumeno*, que, como tal, já não é apenas uma hipótese conhecida através do fenômenos, mas tem um rosto. Portanto, esta descoberta permite, uma vez mais, a existência da metafísica que, de um lado, é ontologia e, de outro, é fundamentalmente ética.

2. ESTRUTURA DO DISCURSO

Sendo *Totalidade e Infinito* uma obra primordial do pensamento de Lévinas, ela aparece fundamentada numa estrutura impressionista que pressupõe uma enorme

familiaridade por parte do leitor, além de uma abertura bastante grande ao entrar na forma de raciocinar que propõe o autor.³

Separação e Discurso se apresenta como um tema central na estrutura da obra, precisamente entre o capítulo *Metafísica e transcendência*, no qual se desenvolve um verdadeiro debate sobre este argumento, tão caro à tradição filosófica, e *Verdade e justiça* que complexivamente representa a tarefa da ética de Lévinas, justiça que advém por meio da verdade, rompendo a totalidade e concluindo a primeira seção com o argumento sobre a *Separação e absoluto*.

Diríamos, portanto, que *Separação e Discurso* se apresenta como centro nevrálgico desta primeira seção, e que, da boa resolução desta temática resultará o êxito de toda a obra.

Vejamos rapidamente a estrutura interna, segundo a qual Lévinas mesmo quis desenvolver o discurso:

O ateísmo ou a vontade;
a verdade;
o discurso;
retórica e injustiça;
discurso e ética;
a metafísica e o humano;
o face a face, relação irreduzível.

Por prática metodológica trataremos aqui os temas interligados, o que não impede de particularizá-los, sempre que oportuno, a fim de que se possa esclarecer adequadamente a problemática da separação e do discurso.

3. A SEPARAÇÃO

A unidade, que é sonho da maioria dos filósofos, aparece na forma filosófica de Lévinas, como a barreira a ser superada, sob pena de recair no mesmo *éthos* que até então

³ Não raro muitos autores disseram que a forma de filosofia aplicada por Lévinas assume aquele tom dramático, diante do qual não é possível ter meia opinião, ou se aceita quase que incondicionalmente ou se rejeita como um todo.

dominou no Ocidente, com a tutela da linguagem grega. Contudo, não é fácil a tarefa de ir contra uma enorme parte do pensamento humano. Por isso, já de início, como se verifica em todo início de seção, é feita uma precisção sobre qual o verdadeiro sentido da proposta a ser examinada. Lévinas nos remete diretamente ao tema da separação ao dizer que “A ideia do Infinito pressupõe a separação do si mesmo do outro. Mas esta separação não pode ser fundada numa oposição ao Outro, que seria puramente anti-tética”⁴ (LÉVINAS, 1994, p.23). Esta observação nos introduz, já e agora, em um novo conceito de separação⁵, diferente da tradição ocidental que procurou, preferencialmente, a unidade como resposta aos problemas da vida e da história.

A oposição, em sentido estrito, da qual Lévinas evita classificar como mútuo distanciamento, segundo um sistema de antítese, é separação violenta que se conclui com uma nova síntese⁶.

Portanto, a ideia de Separação deve ir além do processo dialético, deve ter uma constituição tal que não permita um novo retorno ao estado de totalização, fundando assim as suas raízes num conceito de transcendência. Procuremos chegar a uma nova noção de Separação, mas como expressa o próprio autor, “a correlação não é uma categoria suficiente para a transcendência”⁷ (LÉVINAS, 1994, p.24). Esta separação, do eu em relação ao outro, deve acontecer por meio de um movimento positivo.

Lévinas apresenta a ideia de separação plano através de um conceito negativo, que foge à categoria da correlação que a tradição indicou como ser separado da natureza. Para só em seguida analisar, por via transversal, o que significa uma separação positiva.

Aristóteles definiu expressamente o que é a categoria da correlatividade como segue:

Costuma-se explicar os opostos, quando relativos, referindo um ao outro e usando o caso genitivo ou alguma outra construção gramatical. Assim, dobro, um termo relativo, é explicado como o dobro de alguma coisa. E o conhecimento, um termo

⁴ *L'idée de l'Infini suppose la séparation du Même par rapport à l'Autre. Mais cette séparation ne peut reposer sur une opposition à l'Autre, qui serait purement anti-thétique. Em cada citação do texto faremos a nota com o texto original referente a esta edição.*

⁵ Os gregos usavam o conceito de *separação* para exprimir o método através do qual se soluciona um composto em seus elementos. Lévinas, entretanto, pensa a concepção histórica na qual o Outro se perde sempre no si mesmo, sem possibilidade de expressão.

⁶ A síntese pode ser entendida em quatro sentidos diversos: a) método cognoscitivo oposto à análise; b) atividade intelectual; c) unidade dialética dos opostos e d) unificação dos resultados das ciências na filosofia. É importante entender que Lévinas se refere especificamente à síntese provocada pela tentativa de separação por via da dialética, restringe, portanto, estes significados à letra d) supracitada. Neste sentido, encontraremos esta concepção, sobretudo, no idealismo alemão de Fichte, Schelling e Hegel. Schelling aceitou como seu o processo que vai da tese, passando através da antítese para chegar finalmente à síntese. Não obstante, sua preferência pela palavra síntese, Hegel assume em seu lugar a *identidade*, que fecha uma tríade dialética, através da conexão objetiva (cf. HEGEL, 2016).

⁷ *La corrélation n'est pas une catégorie qui suffit à la transcendance.*

relativo, se opõe à coisa que é conhecida e é explicado mediante uma referência a ela. A coisa que é conhecida é explicada mediante uma referência ao seu oposto, ao conhecimento: pois a coisa que é conhecida será conhecida por alguma coisa, mais precisamente, pelo conhecimento. Todos os opostos, portanto, são explicados por mútua referência e o uso do caso genitivo ou alguma outra construção gramatical, quando são também correlativos (ARISTÓTELES, 2005, p.68).

A partir do pensamento aristotélico é muito simples concluir o porquê, para Lévinas, o conceito de correlatividade não basta para exprimir a Separação no sentido por ele procurado, já que, aparece muito clara uma mútua dependência entre os contrários relativos. Uma dupla dependência, por exemplo, entre ciência e o cognoscível, que coexistem na medida em que são colocados juntos, não é tão diferente do Estado que se põe por cima dos indivíduos. Assim sendo, retornando ao nóculo da reflexão, o Outro seria apenas uma determinação de si mesmo através deste processo de dependência, como nos ensina a correlatividade aristotélica. Se queremos, portanto, admitir a Separação do Outro de si mesmo, devemos proceder em forma positiva, de modo que o Outro tenha sua subsistência independente em si mesmo. A violência se caracteriza, portanto, de forma contrária à opinião tradicional, onde a sua natureza é afirmada, ao menos em nível de pensamento, como o destaque do termo correspondente ao seu correlativo. Como entender, por exemplo, a existência do cognoscível sem a ciência? No discurso ético, ao contrário, o movimento é diverso, a violência se verifica na supressão do Outro em si mesmo e a constituição de uma realidade totalizante.

A Separação positiva significa, portanto, o reconhecimento do Outro como separado de mim, e não na relação de dependência através da qual é permitida a sua realidade. É outra coisa! É justamente a Separação que atesta a vida, em sentido verdadeiro, do outro, e que depois retorna a si mesmo como mestre, com o qual terá a possibilidade de uma nova relação, não mais nos termos aristotélicos, mas fundada na justiça colocada em ato pela possibilidade do discurso.

Retornando, ainda uma vez ao tema, podemos definir ao menos um princípio regulativo que nos permite interpretar o pensamento de Lévinas no que concerne a uma Separação positiva, do modo seguinte: a correlação aristotélica representa, em última instância, a um ato positivo puramente da lei, porquanto é condição necessária do cognoscível à ciência e da ciência ao cognoscível. Portanto, não podemos analisar partindo apenas da premissa de que a separação levinasiana é positiva enquanto colocada em confronto com uma separação negativa, mas devemos raciocinar dentro do próprio pensamento e da dinâmica de relação entre o *si mesmo* e o *Outro*.

O momento negativo nesta conjugação é representada quando o que *é em si* toma o Outro e o redimensiona em si mesmo. Situação averiguada quando o Estado triunfa sobre o indivíduo, por exemplo, na filosofia política de Hegel.

A Separação positiva não pode ser outra coisa que o retorno de ambos os termos aos seus estados originais, atividade que torna clara quanto olhamos a relação entre o Outro e o si mesmo. Qualquer um tem por si a sua autonomia e forma de vida autônoma que se desenvolvem independentemente uma da outra. Neste sentido, raciocinar sobre os termos da Separação aparece evidentemente positivo, do momento que restitui ao Outro sua Alteridade. O momento negativo aparece na situação contrária, isto é, no momento em que o Outro vive preso a si mesmo.

Sob a perspectiva da separação o Outro chegará a ser uma realidade independente que supera o aprisionamento do existente a qualquer forma superior de existência, ou seja, na subjetividade. O Outro terá a mesma estatura ocupada pelo bem platônico, que está além do ser⁸. Sendo assim, as coisas são redimensionadas ao conceito de separação positiva, como explicamos acima, ou seja, separação como devolução de um direito que pertence ao Outro, *noumeno* que se manifesta, que esteve encarcerado por longo tempo na história da filosofia e transfigurado na ideia de si mesmo.

4. O DISCURSO

Quando falamos de separação, seguindo Lévinas, vem à ideia a experiência concreta de que os homens, além de toda a realidade mundana, sustentam-se através de alguma forma de correlação, formando o renitente pensamento de que esta estrutura de separação entre o *Outro* e o *si mesmo* não recai apenas no jogo da linguagem.

De fato, é sobre esta realidade que Lévinas está pensando quando na abertura do tratado do discurso se exprime assim: “Afimar a verdade como modalidade da relação entre o Si Mesmo e o Outro não significa opor-se ao intelectualismo, mas garantir a aspiração fundamental, o respeito do ser que ilumina o intelecto”(LÉVINAS, 1994, p.35)⁹. É um passo importante na superação da ruptura entre o Outro e o si mesmo, e aqui é bom ter presente a

⁸ No tocante a isso, entra também a ideia desenvolvida por Descartes em sua *Meditações Metafísicas*, que atesta a operação de separação que advém por meio do cogito, que será um tema dominante em Lévinas, a análise da separação operada na interioridade do psiquismo, como afirma o próprio autor: “Le *cogito*, avons-nous dit, atteste la séparation. L’être dépassant infiniment son idée en nous – Dieu dans la terminologie cartésienne – sous-tend d’après la troisième *Méditation*, l’évidence du *cogito*. (LÉVINAS, 1994, p.24-25).

⁹ *Affirmer la vérité comme modalité de la relation entre le Même et l’Autre, ne revient pas à s’opposer à l’intellectualisme, mais à en assurer l’aspiration fondamentale, le respect de l’être illuminant l’intellect.*

distinção entre separação e ruptura. A relação aparece ainda como modalidade existencial que não deixa estupefato o sentido da observação presente a todo espírito.

A modalidade, porém, sobre a qual se joga a possibilidade da relação tem que ser a verdade.

O conhecimento do Outro, em Lévinas, é possível apenas se superada a dimensão de cumprimento do Outro em si mesmo, o conhecimento verdadeiro deve manter a autonomia do conhecido e não absolvê-lo como pensa uma certa filosofia da representação, onde a realidade do Outro em mim reconstroi uma nova totalidade, mas “o conhecimento em sentido absoluto do termo, experiência do outro ser, tem o dever de manter o outro ser *kath'auto*” (LÉVINAS, 1994, p.36)¹⁰.

A relação, em sentido verdadeiro, não vem através de uma absolvição do Outro no idêntico, mas este (o Outro) conhecido conserva todas as suas características e se apresenta apenas no jogo. Por um lado, deixa conhecer-se, mas, por outro, permanece sempre uma distância insuperável, a qual não se pode resolver apelando a qualquer teoria, sem que venha a provocar um intrínseco ato de injustiça¹¹.

No sentido mais verdadeiro, a distância do Outro *noumênico* com quem tenho uma espécie de relação, pode ser cruzada apenas por meio de uma revelação por parte do Outro, que, a partir da sua total autonomia vem ao meu encontro como alguém que *fala*. Aquele que fala não é definido ou encarcerado, o falar mantém a separação sem tornar-se indiferença, “O rosto Fala. A manifestação do rosto já é discurso. Quem se manifesta, segundo diz Platão, ajuda a si mesmo. Em todo instante desfaz a forma que oferece” (LÉVINAS, 1994, p.37)¹².

O discurso é a possibilidade da relação sem totalidade, porquanto falar é uma atividade que pertence apenas ao Outro. No falar, o Outro não cai no universo do revelado, ele se revela mediante um movimento próprio que comunica, mas por sua natureza deixa sempre alguma coisa a descobrir, algo que não pode ser possuído em sua totalidade, fator que produz, por si, a ideia do Infinito que circunda o rosto no mistério.

Então, se o Outro na sua apresentação funda o próprio conceito de infinito, resulta uma radical mudança na estrutura da relação. A relação, que tem como base o discurso, supera a teoria da representação em sentido kantiano, por exemplo, porquanto o

¹⁰ *La connaissance au sens absolu du terme, expérience pure l'autre être, se devrait de maintenir l'autre être kath'auto.*

¹¹ *La manifestation du kath'auto consiste pour l-être à se dire à nous, indépendamment de toute position que nous aurions prise à son égard, à s'exprimer.*

¹² “Lê visage Parle. La manifestation du visage est déjà discours. Celui qui se manifeste porte, selon Platon, secours à lui-même. Il défait à tout instant la forme qu'il offre” (LÉVINAS, 1994, p.37). É esta forma variante do rosto que é respeitada, e além disso nos introduzirá na ideia mesma de infinito como aquela distância que jamais poderá ser superada definitivamente.

estabelecimento da relação sobre esta categoria reduz o outro ao mesmo, através de uma complicada séria de teorias, mas que, no fundo, delinea perfeitamente a ideia de totalidade, identificando o Outro como expressão do mesmíssimo.

O discurso “justo” mantém a alteridade da presença do Outro. No discurso, aquilo que é dito do Outro é independente de qualquer postura que possamos ter em relação a ele¹³, ele expressa-se revelando-se, que é por natureza um movimento ativo, ou qualidade daquele que quis fazer-se ver¹⁴. A linguagem supera, portanto, o isolamento do Outro em si mesmo. Por outro lado, ainda, a linguagem salva a alteridade daquele que se revela, consequência que vem naturalmente corrigida no seu próprio desenvolvimento - “o discurso não é simplesmente uma modificação da intuição (ou do pensamento) mas uma relação originária com o ser externo” (LÉVINAS, 1994, p.38)¹⁵. Na estrutura radical do discurso aquele que se revela ultrapassa a possibilidade da falsidade de quem se apresenta. O discurso não absolve o Outro no mesmíssimo, e, assim, Lévinas pensa ter resolvido um dos grandes problemas que está na base da filosofia do Ocidente, gerador de parte significativa da violência em suas diversas formas, mas que, expressou-se com mais força nos últimos tempos, no rosto das grandes Guerras do século XX.

Depois da separação, a grande tentativa, como vimos na parte do texto que faz referência ao discurso, é de estabelecer novamente uma comunicabilidade, mas sem que esta caia, mais uma vez, na totalidade. A operação da comunicabilidade social, experiência inegável do ser humano, deve vir submetida à condição do Rosto no seu sentido originário, isto é, daquele que vai ao encontro dos outros como Revelação, sem perder a sua *estrutura noumênica*, permanecendo mistério insuperável em constante comunicação¹⁶.

A relação restaurada pelo discurso é essencialmente invocativa e possui uma natureza particular dentro da comunicabilidade entre o *outro* e o *si mesmo* onde “o invocado

¹³ Lévinas nos faz ver muito bem a independência do Outro: “La manifestation *kath’auto* consiste pour l’être à dire à nous, indépendamment de toute position que nous aurions prise à son égard, à *s’exprimersi*” (LÉVINAS, 1994, p.37).

¹⁴ Lévinas distingue muito bem e com muita clareza o sentido da palavra desvelamento que é sempre uma ação de fora do desvelado e Revelação, enquanto ação própria e liberta de quem se revela: “*l’expérience absolue n’est pas dévoilement mais révélation*: coïncidence de l’exprimé et de celui qui exprime, manifestation, par là même privilégiée d’Autrui, manifestation d’un visage par par-delà forme”. E. LEVINAS, *Totalité et infini*, p. 37.

¹⁵ E. LEVINAS, *Totalité et infini*, p. 38. Le discours n’est pas simplement une modification de l’intuition (ou de la pensée), mais une relation originelle avec l’être extérieur.

¹⁶ São diversas as respostas de Lévinas nestas páginas que tentam demonstrar, através de uma série de observações, o modo no qual o Tu é reintegrado no universo relacional. A linha mestre é sempre a estrutura fundamental do discurso, como demonstramos acima. São diversas meditações dentro da estrutura relacional do discurso que devem ser tomadas em consideração, por exemplo, o caráter comunitário: “Le face-à-face, à la fois, annonce une société et permet de maintenir un Moi séparé” (LÉVINAS, 1994, p.39-42).

não é aquele que eu compreendo: *não é sujeito à categorias*. É aquele ao qual eu falo – faz referência apenas a si, não tem quiddidade” (LÉVINAS, 1994, p.41)¹⁷.

Lévinas, abrindo a perspectiva da relação no discurso como estrutura a ser desenvolvida, funda uma concepção nova do agir ético em relação à tradição, que tinha como pressuposto fundamental o conhecimento, concepção platônica e, de qualquer modo, herdada de Aristóteles, mas que encontra sua raiz mais radical na doutrina socrática, para a qual era impossível a qualquer pessoa não agir eticamente senão por ignorância.

Lévinas quer fundar, agora, uma ética da alteridade, rompendo com a totalização. Mas ele mesmo reconhece o perigo de tal raciocínio, porquanto o objeto do conhecimento deixa de existir. Fica como resposta a este perigo da ética como conhecimento a relação desenvolvida pela interperlação, “o interpelado é chamado à palavra, a sua palavra consiste no levar ajuda à sua palavra – no ser *presente*” (LÉVINAS, 1994, p.41)¹⁸. O processo maiêutico de Sócrates, aqui, não pode ser reconhecido como a palavra ética que se funda, muito mais no ensinamento, que o em *si mesmo* recebe do Outro. A maestria é invertida e não encontra a sua habitação em mim mesmo, mas no outro que me comunica. Eu tenho apenas a possibilidade de acolher esta palavra, apenas no dar atenção ao meu interlocutor, que para mim permanece sempre um mestre manifestante da sua infinitude no mistério do seu Rosto.

5. RETÓRICA E INJUSTIÇA

O discurso como verdade, no afrontamento direto do outro, restitui a relação entre o Outro e o si mesmo separados anteriormente, sem que com isso seja novamente instaurada a totalidade. O que fica é apenas uma atividade que se desenvolve dentro do inteiro campo da justa distância e respeito diante do outro que se manifesta e ao mesmo tempo permanece mistério.

O discurso, carece de um forte influxo ético pode manter o estado de justiça que deve restituir a relação no paradoxo que é, ao mesmo tempo, também separação entre o Outro e o si mesmo. O fundamento ético, não permite o cumprimento do outro no si mesmo, pois, ao

¹⁷ *L'invoqué n'est pas ce que je comprends: il, 'est pas sous catégorie. Il est celui à qui je parle – il n'a qu'une référence à soi, il n'a pas de quiddité.*

¹⁸ *L'interpellé est appelé à la parole, as parole consiste à porter secours à as parole – à être présent.*

aceita no rosto aquela infinita manifestação que insere a ideia do infinito, ele evita a injustiça em sua forma tênue, mas muito operante, isto é, a retórica¹⁹.

É, portanto, claro que não é a força direta do discurso que tem em si o caráter de justiça. A demonstração é, de fato, da forma desviada que isto pode conter, na relação com o Outro, “um discurso qualquer não é relação com a exterioridade” (LÉVINAS, 1994, p.42)²⁰, mas pode ser verificado muito mais como retórica que, desconhecendo a maestria do outro, trata-o como criança, um qualquer que não me pode ensinar nada, qualquer coisa, portanto, a ser absolvida pela meu conhecimento.

O discurso, tomado sob esta consideração, não afronta o outro como uma verdade revelada, mas procura ele mesmo fundar a sua própria verdade e escorre sempre por via paralela do objeto verdadeiro, e se mistura segundo a ocasião à solução que se possa apresentar mais oportuna, por exemplo, da definição platônica no *Fedro*.

Vê-se, logo, do momento que Lévinas identifica a Ética com a ontologia o rigoroso estado de fundação que deve estar na base de todo ato de justiça ou de relação. Se falta o empenho ético, já neste nível, o resultado será incondicionadamente a violência que se irradia por via transversal, seja na totalidade como cumprimento dos atos injustos ou nos próprios atos injustos que se verificam no desenvolvimento da história.

A ambiguidade resiside no fato que a retórica permanece uma forma de discurso, com a característica particular de exercer em relação ao Outro uma atividade injusta. Aquele que procede na traços da retórica não quer absolutamente agir em concordância à dignidade que se funda no Rosto do interlocutor, este quer apenas modelá-lo conforme as suas necessidades. Neste sentido, a retórica é ainda um ato de violência superior ao desvelamento, algo que Lévinas contradiz com seu conceito de revelação, porquanto ela é capaz de antecipa ao próprio desvelamento. A estrutura fundamental da retórica é tomada de Platão. A verdade, portanto, se põe em relação direta com a arte da retórica, assume diante desta uma posição antitética colocada em ato, de fato, pelo reconhecimento do Outro como mestre, ao qual eu páro para escutar, colhendo na sua manifestação a marca do infinito que me vem revelado na abertura dada através do seu rosto, que é, sobretudo, um ensinamento para mim, e um imperativo a agir eticamente em relação a ele, ajoelhando-me diante da sua alteridade.

¹⁹ Lévinas mesmo nos diz de qual forma se fala quando se apresenta em ato esta forma desviada do discurso, ou seja, injusta: “Mais la nature spécifique de la rhétorique (de la propagande, de la flatterie, de la diplomatie etc.) consiste à corrompre cette liberté. C’est pour cela qu’elle est violence par excellence, c’est à dire injustice”. (LEVINAS, 1994, p. 42).

²⁰ *N’importe quel discours n’est pas relation avec l’extériorité.*

6. CONCLUSÃO

Totalidade e infinito, no seu esquema principal, deixa ver a tentativa de uma síntese geral que relaciona o agir ético e o fundamento da vida ética. Podemos dizer que o esforço de Lévinas é para demonstrar que não é possível a convivência ética em geral se esta não encontrar o seu fundamento no agir particular de cada indivíduo. A responsabilidade geral é apenas uma propagação da ação individual.

A síntese de Totalidade e Infinito aparece diante de uma séria de conceitos que a tradição fundou, tradição que considera normal a passagem da filosofia à política e da política à filosofia sem fundar uma crítica interna nesta mudança de posição. Aparecem como sustentadores desta determinação, o ser heideggeriano, e o sistema de razão de Kant e Hegel, para enumerar os mais evidentes. O resultado destas concepções é, por um lado, a supremacia do Estado sobre o indivíduo, se seguimos raciocionando com Hegel, ou em sentido ainda mais lato, todos subordinados a possibilidade da realização moral à história e à totalidade.

Romper com esta Totalidade representa um esforço constante na obra, cada um é responsável por tudo e é responsável primariamente pelo outro, que reapareceu na função de mestre, o qual se relaciona comigo no face à face. Esta relação é o ponto central do pensamento e podemos sintetizá-lo com o seguinte raciocínio: a relação do face à face ou do rosto do outro como porta de entrada se apresenta a mim como um conteúdo que, ao mesmo tempo, ultrapassa todo conteúdo. Lévinas entende o rosto como conteúdo que não pode ser contido em vista de sua especial natureza. O mostrar-se do rosto é, ao mesmo tempo, esconder-se que não pode, jamais, satisfazer plenamente, é um não neutralizável conceitualmente, superando nesta disposição o conceito de infinito cartesiano. O superar a distância do infinito, conteúdo do rosto, é a violência que foi gerada em grande medida na tradição filosófica.

Este pensamento encontrou terreno fértil numa Europa necessitada de consciência e que justificasse o sofrimento do homem diante do trágico desenvolvimento da Guerra, além disso, Lévinas tornou-se um dos pensadores mais populares fora da Europa, e aqui nos referimos especificamente à América Latina, onde a situação da totalidade tinha envolvido, não apenas o outro indivíduo, mas o desenvolvimento da reflexão absolveu toda uma cultura por meio de uma atuação imperialista no campo da economia e da técnica.

Mas na América Latina a história é outra, por isso foi observado que o Outro não pode ser absolutamente Outro, um *eidos* comum, uma configuração própria necessitada de reconhecimento como se expressa H. Dussel:

Lévinas fala sempre do outro como *absolutamente* outro. Tende então à equivocidade. Por outro lado, jamais pensou que o outro pode ser um indiano, um africano, um asiático. O outro para nós é a América Latina em relação à totalidade europeia (DUSSEL, 1974, p.179).

O *totalmente Outro* do pensamento levinasiano encontraria muitíssimas dificuldades para referir o *outro* ao *si* mesmo em contexto estruturalista, como aquele verificável na realidade de Enrique Dussel. A distância aberta dificilmente seria superada no agir ético e na infinita natureza do rosto, mas preenchida por uma completa estranheza, seria preenchida de sistema e não mais de relação.

O método de Dussel, totalmente necessário, se caracteriza por ser de natureza *analética*, antes que encontrar no outro uma completa diferença, o eleva acima do sistema, coloca-o fora, e neste ato encontra que o outro não é totalmente outro, mas é o outro como eu, necessitado de liberdade e de libertação.

Todo este *Outro* que é diminuído no trabalho de Lévinas, eleva-se acima de sua própria realidade, sendo capaz de gerar um princípio de reflexão que possa ser adaptado ou inspirador em situações adversas e de completa estranheza cultural e social

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. As categorias. in **Órganon**. Bauru: Edipro, 2005.
- DESCARTES, R. **Meditazioni metafisiche**, Milano: Rusconi, 1998.
- DUSSEL, E. **Método para una filosofía de la liberación**. Salamanca: 1974.
- HEGEL, G. **Scienza della logica**Ciência da Lógica, vl 1. Petrópolis: Vozes, 2016.
- LÉVINAS, E. **Totalità e infinito**. Milano: Jaca Book, 1996.
- LÉVINAS, E. **Totalidad e infinito**. Salamanca, 1987.
- LÉVINAS, E. **Totalité et Infini**, Paris: Martinus Nijhoff Publishers, Paris, 1994.
- MALKA, S. **Leggere Levinas.**, tr. F. Emilio, Brescia: Queriniana, 1986.
- PLATONE. **Oopere complete**. Milano: Rusconi, 1997.

A LEI Nº 13.457/2017:
AS NOVAS REGRAS EM RELAÇÃO AO AUXÍLIO-DOENÇA
E A IMPOSIÇÃO DA ALTA PROGRAMADA

LAW Nº. 13.457 / 2017:
THE NEW RULES REGARDING SICKNESS BENEFITS AND THE
IMPOSITION OF PROGRAMMED DISCHARGE

Léia Maria Monteiro Gandra²¹

Ana Paula Brandão Ribeiro²²

RESUMO

Dentre as recentes alterações relacionadas ao Direito Previdenciário encontram-se os benefícios por incapacidade, como a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença, que após a aprovação da Lei nº 13.457 de 26 de junho de 2017, passa a ter regras diferenciadas para a concessão e manutenção do benefício. O presente artigo tem como foco central o benefício auxílio-doença, fazendo uma abordagem acerca de tais mudanças no que diz respeito à concessão, manutenção e cessação do benefício e os reflexos dessas alterações, especificamente sobre a imposição da alta programada na vida dos segurados. O estudo foi elaborado a partir de legislações concernentes ao tema em comento, bem como em pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Auxílio-doença; Carência; Alta programada.

ABSTRACT

²¹ Bacharela em Direito. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. leiagandra@yahoo.com.br.

²² Advogada. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Minas Gerais.

Email: brandaoeuarteadv@gmail.com.

Recent changes related to Social Security Law include disability benefits, such as disability retirement and sickness benefits, which, after the approval of Law nº 13.457 of June 26, 2017, have different rules for granting and maintaining the benefit. The main focus of this article is the sickness benefit, approaching such changes regarding the granting, maintenance and cessation of benefit and the effects of these changes, specifically on the imposition of programmed discharge in the life of the insured. The study was elaborated from legislation concerning the theme in question, as well as in bibliographical research.

Keywords: Sickness aid; Deficiency; Programmed discharge.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda as principais alterações relacionadas ao benefício auxílio-doença e ao instituto da alta programada, ocorridas na Lei nº 13.457/2017, fruto de aprovação da Medida Provisória nº 767/2017.

A fundamentação para o artigo foi baseada em legislações pertinentes ao tema em comento, bem como pesquisa bibliográfica básica e doutrina que versam sobre o assunto, visando contextualizar e identificar as inovações trazidas pela nova lei. A pesquisa teve como objetivo fazer uma reflexão sobre as alterações na lei, especificamente no que tange ao benefício auxílio-doença e à imposição da alta programada, bem como refletir sobre as consequências das referidas alterações na vida do segurado.

O benefício auxílio-doença é um direito social previsto na Constituição Federal de 1988, que visa dar a devida proteção à pessoa em momentos em que se encontra impossibilitada de prover suas necessidades básicas e de sua família, sendo a Previdência Social o sistema pelo qual o segurado e seus dependentes, mediante a contribuição vinculada a alguma atividade, ficam resguardados financeiramente.

O auxílio-doença é um benefício previdenciário de cunho alimentar, pago mensalmente ao segurado em face de sua incapacidade temporária, tendo como objetivo ampará-lo financeiramente, enquanto estiver impossibilitado de exercer sua atividade laboral. Nos termos do artigo 101, da Lei nº 8213/1991, Lei de Benefícios, o segurado é obrigado a submeter-se a processo de reabilitação profissional custeado pela Previdência Social, sob pena de perder o benefício.

Com a nova lei, o auxílio-doença sofreu alterações no que diz respeito à carência, à forma de convocação, à reabilitação, merecendo destaque a alta programada, que a partir da imposição pela lei, o benefício concedido tanto judicial quanto administrativamente deverá ser cumprido no prazo estabelecido de 120 dias, exceto se o segurado requerer a prorrogação do benefício perante o Instituto Nacional do Seguro Social.

A lei criou ainda a operação “Pente Fino” para revisar os benefícios, convocando a qualquer momento, os segurados em gozo do auxílio-doença concedidos tanto judicial quanto administrativamente, ficando de fora da referida operação o aposentado por invalidez com cinquenta e cinco anos de idade e quinze anos em gozo do benefício, bem como o aposentado por invalidez após completar sessenta anos de idade.

Percebe-se que com as alterações na referida Lei nº 13.457/2017, o benefício auxílio-doença passou a ter requisitos e critérios mais rigorosos à sua concessão, carência, manutenção e cessação.

Em face dessas alterações, presume-se que por ser um assunto de extrema relevância refletirá de forma negativa como um todo na sociedade, pois atingirá não apenas o segurado diretamente, mas também a sua família. Não obstante, poderá causar inúmeras ações na justiça, como já vinha ocorrendo desde as Medidas Provisórias nº 739/2016 e nº 767/2017 anteriores à sanção da nova Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social.

2. PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, em seu artigo 6º, os direitos sociais²³, dentre eles, a previdência social. Tal direito encontra-se expresso também no artigo 194²⁴ do mesmo diploma legal. Destarte, é um direito fundamental e destina-se a garantir o mínimo de condição necessária a uma vida digna.

²³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL,1988).

²⁴ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes

Lembram Castro e Lazzari (2016) que uma das características do Estado Contemporâneo é a inclusão no rol referente aos direitos fundamentais, dos chamados direitos sociais. Tais direitos têm o condão de trazer a proteção quanto às vicissitudes causadoras de uma perda, ou uma diminuição da condição de subsistência da pessoa. Perante essas vicissitudes, o Estado deve intervir não apenas para regular, mas também para impor determinadas obrigações cuja finalidade é amparar as pessoas e garantir a todos uma vida com dignidade.

Não por acaso, a Carta Magna de 1988 estabelece, em seu artigo 1º²⁵, que a dignidade da pessoa humana constitui-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Tavares (2014), citado por Castro e Lazzari (2016), afirma:

O respeito à dignidade não deve ser encarado somente como um dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual de autonomia. Isto é pouco. Cabe à organização estatal criar mecanismos de proteção do homem para que este não seja tratado como mero instrumento econômico ou político pelos órgãos do poder público ou por seus semelhantes. (TAVARES, 2014 *apud* CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 20).

Conforme Castro e Lazzari (2016), por mais precavido que possa ser uma pessoa, ela estará sempre sujeita a diversos infortúnios no decorrer de sua vida profissional, e não simplesmente com o advento de sua velhice. Por essa razão é tão importante a Previdência Social. Assim como a principal finalidade da Previdência Social se funda na dignidade da pessoa humana, também se pode afirmar que a solidariedade social é um princípio fundamental do Direito Previdenciário, pois é cotizado coletivamente em prol daqueles que, num futuro incerto, ou até mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.

No que tange ao conceito de Previdência Social, Wladimir Novaes Martinez (2014), citado por Tavares (2014), afirma que é:

²⁵ 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 (BRASIL, 1988).

Técnica de proteção social que visa propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana – quando esta não puder obtê-los ou não é socialmente desejável que os aquirisse pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes (MARTINEZ, 2014 *apud* TAVARES, 2014, p.74).

Nessa mesma linha, Amauri Mascaro Nascimento (1969), citado por Martinez (2014), assevera: “Portanto, ao sistema que visa manter os meios de subsistência do homem que trabalha durante as inatividades forçadas e dar-lhe certa segurança, em face dos riscos inerentes ao trabalho, dá-se o nome de previdência social” (NASCIMENTO, 1969 *apud* MARTINEZ, 2014, p. 298).

Por sua vez, Castro e Lazzari (2016) a conceituam como:

Previdência Social é o sistema pelo qual, mediante contribuição, as pessoas vinculadas a algum tipo de atividade laborativa e seus dependentes ficam resguardadas quanto a eventos de infortúnica (morte, invalidez, idade avançada, doença, acidente de trabalho, desemprego involuntário), ou outros que a lei considera que exijam um amparo financeiro ou indivíduo (maternidade, prole, reclusão), mediante prestações pecuniárias (benefícios previdenciários) ou serviços (CASTRO; LAZZARI, 2016, p.57).

A partir dos conceitos supramencionados, pode-se afirmar que a Previdência Social é uma garantia de sobrevivência fornecida pelo Estado àquelas pessoas que perdem a capacidade laboral por algum motivo, e, em consequência, ficam sem receber a remuneração necessária à sua sobrevivência.

Para atingir essa finalidade, Tavares (2014) assinala que o Regime Geral de Previdência Social se funda nos princípios: universalidade e participação; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; cálculos dos benefícios; irredutibilidade do valor dos benefícios; valor da renda dos benefícios não inferior ao salário mínimo; previdência complementar facultativa; caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação do governo e da comunidade.

2.1 Beneficiários da Previdência Social

Afirma Tavares (2014), que os destinatários das prestações de Previdência Social do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), são os beneficiários, gênero das espécies de segurados, que são aqueles que possuem vínculo em nome próprio, e os dependentes, os que dependem economicamente dos segurados nos termos da lei.

Castro e Lazzari (2016) definem como segurados:

É segurado da Previdência Social, nos termos do artigo 9º e seus parágrafos do Decreto nº 3.048/99, de forma compulsória, a pessoa física que exerce atividade remunerada, efetiva ou eventual, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo de emprego, a título precário ou não, bem como aquele que a lei define como tal, observadas, quando for o caso, as exceções previstas no texto legal, ou exerceu alguma atividade das mencionadas acima, no período imediatamente anterior ao chamado “período de graça”. Também é segurado aquele que, sem exercer atividade remunerada, se filia facultativamente e espontaneamente à Previdência Social, contribuindo para o custeio das prestações sem estar vinculado obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS ou a outro regime previdenciário qualquer (CASTRO; LAZARI, 2016, p.155).

Acrescentam Castro e Lazzari (2016), que os segurados da Previdência Social são os principais contribuintes do sistema previsto na ordem jurídica nacional, tendo em vista que, para obter os benefícios, devem, teoricamente, verter contribuições ao fundo comum e são classificados em: obrigatórios e facultativos.

Lembra Tavares (2014), que a classificação dos segurados está prevista no artigo 11 da Lei nº 8213/1991²⁶ e pelo artigo 12 da Lei nº 8212/1991²⁷, assim como pelos artigos 9º, 10 e 11 do Decreto nº 3048/1999²⁸. São segurados obrigatórios as pessoas enquadradas nos conceitos de: empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial.

Castro e Lazzari (2016) conceituam segurados obrigatórios como:

²⁶ Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

²⁷ Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

²⁸ Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.

[...] aqueles que devem contribuir compulsoriamente para a Seguridade Social, com direito aos benefícios pecuniários previstos para a sua categoria (aposentadorias, pensões, auxílios, salário-família e salário-maternidade) e aos serviços (reabilitação profissional e serviço social) a encargo da Previdência Social (CASTRO; LAZZARI, 2016, p.155).

Já os segurados facultativos, conforme Castro e Lazzari (2016), são aqueles filiados independentemente de sua vontade, e que usufruem do privilégio constitucional e legal de filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), desde que sejam maiores de 14 anos, conforme o Decreto nº 3048/99, a partir de 16 anos somente, e não estejam vinculados a nenhum outro regime previdenciário, como por exemplo: a dona de casa, o estudante, o bolsista, o estagiário, dentre outros.

Por sua vez, argumentam Castro e Lazzari (2016), que os dependentes, elencados como beneficiários da Previdência Social, são aquelas pessoas que, embora não estejam contribuindo para a Seguridade Social, a Lei de Benefícios os legitimam em razão de terem vínculo familiar com segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e fazem jus às seguintes prestações: pensão por morte, auxílio-reclusão, serviço social e reabilitação profissional.

2.2 Benefícios da Previdência Social

Como lembra Tavares (2014), benefícios previdenciários são prestações pecuniárias devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a prover-lhes a subsistência nas eventualidades que venham de alguma forma impossibilitar por seu esforço alcançar recursos, ou reforçar-lhes os ganhos para enfrentar os encargos econômicos.

Em suma, benefícios são valores pagos em dinheiro aos segurados e dependentes. Serviços são prestações imateriais postas à disposição dos beneficiários.

De acordo com o princípio da seletividade, as prestações são concedidas apenas aos indivíduos que dela necessitam e estão previstas na Lei nº 8213/1991, artigo 18 e seus incisos. Por isso, afirmam Castro e Lazzari (2016), há prestações devidas somente ao segurado e outras somente aos dependentes. Quanto ao segurado cabem: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade (rural urbana e híbrida);

aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; aposentadoria ao segurado com deficiência; auxílio-doença; auxílio-acidente; salário-família; salário-maternidade. Quanto ao dependente as prestações são: pensão por morte e auxílio-reclusão. Já as prestações oferecidas tanto ao segurado quanto ao dependente são: o serviço social e a reabilitação profissional.

3. O BENEFÍCIO AUXÍLIO-DOENÇA

O auxílio-doença é um benefício previdenciário de cunho alimentar devido a todos os segurados do Regime Geral da Previdência Social, pago mensalmente pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) concedido em virtude da incapacidade temporária, quando o segurado estiver suscetível de recuperação, desde que tenha necessidade de afastar-se de sua atividade habitual por mais de 15 dias consecutivos, conforme previsão nos artigos 59 a 63 da Lei nº 8.213/1991.

Dispõe o artigo 59 da Lei nº 8.213/1991:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos (BRASIL, 1991).

Argumentam Campanholi e Gouveia (2017) que, para a concessão do benefício, é necessário verificar se existe a incapacidade para o exercício da atividade em razão da doença ou lesão, pois não basta só o fato de o segurado estar doente ou lesionado.

É relevante destacar que os benefícios por incapacidade, como o auxílio-doença, possuem um caráter social, pois visa à subsistência do segurado e de sua família num período de enfermidade ou incapacidade.

Para Castro e Lazzari o benefício auxílio-doença é:

Concedido ao segurado impedido de trabalhar por doença ou acidente, ou por prescrição médica (por exemplo, no caso de gravidez de risco) acima do período previsto em lei como sendo de responsabilidade do empregador e, nos casos de segurados sem vínculo de emprego, a partir do início da incapacidade temporária (CASTRO; LAZZARI, 2016, p. 781).

Para Sérgio Pinto Martins (2012), citado por Mello e Gouveia (2017), “o auxílio-doença deve ser um benefício previdenciário de curta duração e renovável a cada oportunidade em que o segurado dele necessite”.

Em regra, conforme assevera Tavares (2014), no auxílio-doença, a incapacidade é presumidamente suscetível de recuperação, logo o benefício possui caráter provisório, enquanto não há conclusão definida sobre as consequências da lesão sofrida. Nessa hipótese, conforme previsão no artigo 101 da Lei nº 8.213/1991, o segurado será submetido a tratamento médico e a processo de reabilitação profissional, devendo comparecer periodicamente à perícia médica, a qual caberá avaliar a situação sob pena de suspensão do benefício.

Ressalta Tavares (2014), que a perícia poderá concluir pela:

- a) Insuscetibilidade de recuperação para qualquer atividade – aposentando o segurado por invalidez;
- b) Habilitação para o desempenho da mesma atividade ou de outra, sem redução da capacidade para o trabalho – cessando o benefício de auxílio-doença;
- c) Consolidação das lesões, gerando sequelas que impliquem a redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia – cessando o auxílio-doença e gerando concessão de auxílio-acidente para os segurados que fazem jus a este benefício, podendo o segurado retornar ao mercado de trabalho;
- d) Continuação das condições geradoras do auxílio-doença – mantendo-se o auxílio e prosseguindo o tratamento (TAVARES, 2014, p. 138).

Importa destacar que o auxílio-doença deve ser mantido até que o segurado seja considerado reabilitado para o desempenho de atividade que lhe garanta a subsistência. Por outro lado, se for comprovada que a incapacidade é permanente, o beneficiário será aposentado por invalidez.

Lembram Castro e Lazzari (2016), que tal benefício é concedido ao segurado do Regime Geral de Previdência Social mediante um período de carência equivalente a doze contribuições mensais, exceto quando for decorrente de acidente de qualquer natureza ou causa, ou de alguma das doenças especificadas no artigo 151 da Lei nº 8.213/1991.

Conforme Cavalcante (2017), período de carência é o tempo mínimo de contribuição que o trabalhador precisa comprovar para ter direito a um benefício previdenciário.

Acrescentam Castro e Lazzari (2016), que para o segurado empregado, o auxílio-doença é devido a partir do 16º dia de afastamento da atividade, sendo que, durante os 15 primeiros dias do afastamento da atividade incumbe à empresa pagar o salário, conforme previsto no artigo 60, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/1991. Entretanto, para os demais segurados, o auxílio-doença consiste na contagem da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. Nessa hipótese, o segurado deverá procurar imediatamente a Previdência Social para a verificação da incapacidade e fazer jus ao pagamento do benefício.

Destarte, o auxílio-doença consiste numa renda mensal equivalente a 91% do salário de benefício, e sobre este há uma média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento do período contributivo.

No que tange à cessação do auxílio-doença, lembram Castro e Lazzari (2016), que essa ocorre pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, nessa hipótese, se resultar sequela que implique redução da capacidade do segurado para o trabalho que habitualmente exercia.

3.1 A Lei nº 13.457/2017 e suas alterações no benefício auxílio-doença: reflexos na vida do segurado

A Lei nº 13.457/2017 alterou dispositivos da Lei nº 8.213/91, que versa sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, e da Lei nº 11.907/2009, que dispõe sobre a reestruturação da composição remuneratória da Carreira de Perito Médico Previdenciário e da Carreira de Supervisor Médico-Pericial, incluindo o bônus especial de desempenho institucional por perícia média em benefícios por incapacidade.

Para uma melhor compreensão de tais mudanças, se faz necessária uma abordagem das alterações da nova lei, especificamente sobre o benefício auxílio-doença e seus reflexos na vida do segurado, sendo um dos objetivos deste artigo.

Conforme veiculado na mídia escrita e falada, em julho do ano de 2016, o Presidente da República editou a Medida Provisória nº 739/2016, com alterações na Lei nº 8.213/1991, propondo mudanças nos benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio-doença), bem como no tempo de carência. Entretanto, o prazo de

vigência da Medida Provisória nº 739/2016 expirou-se em 04 de novembro de 2016 sem que ela tivesse sido votada pelo Congresso Nacional. Com a perda da eficácia de tal medida pelo decurso do prazo, em 06 de janeiro de 2017 foi publicada a Medida Provisória nº 767/2017, que praticamente repetiu o teor da anterior, conforme Ventura (2017):

BRASÍLIA – O Congresso finalmente confirmou o pente-fino em benefícios do INSS proposto pelo governo. O Senado aprovou nesta quarta-feira a medida provisória editada pelo Palácio do Planalto que autorizou as revisões em auxílios-doença e aposentadorias por invalidez, sem revisão há mais de dois anos. O texto perderia validade amanhã, se não fosse votado pelos senadores. A medida vai para sanção presidencial.

O pente-fino nos benefícios do INSS é uma das medidas do ajuste fiscal do governo, criado ainda no ano passado. O Executivo considera que muitos benefícios não passaram por revisão e podem estar sendo pagos indevidamente, aumentando os gastos da União. A medida aprovada no Senado é a terceira tentativa do governo de conseguir autorização para o pente-fino.

Antes de ser efetivado no cargo, o presidente Michel Temer enviou a primeira MP sobre o tema, que sequer chegou a ser votada pelo Congresso. Com a derrota, encaminhou um projeto de lei com regime de urgência sobre a questão. Sem sucesso, editou uma nova medida provisória para voltar as revisões em auxílios-doença e aposentadorias por invalidez. Essa MP foi aprovada agora pelo Senado.

Dessa vez, os aposentados por invalidez e pensionistas inválidos a partir de 60 anos estarão isentos da perícia. A perícia será feita apenas em benefícios sem perícia pelo INSS há mais de dois anos. O próprio instituto deve comunicar o beneficiário sobre a necessidade do exame. Quando receber o aviso, o segurado terá de agendar a perícia em até cinco dias úteis, pelo número 135. Acima desse período, o benefício será extinto (VENTURA, 2017).

O texto da Medida Provisória nº 767/2017, que visava à revisão das aposentadorias por invalidez e do benefício auxílio-doença foi votado e aprovado no Senado no dia 31 de maio de 2017, sancionada como Lei nº 13.457 de 26 de junho de 2017.

Conforme Delfino (2017), a lei tornou a revisão dos benefícios por incapacidade do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) definitiva. Na visão do governo, a finalidade da revisão através da operação pente fino²⁹, (alcunha das Medidas

²⁹ Operação de pente-fino lançada pelo Governo Federal para revisão dos benefícios por incapacidade.

Provisórias) é para melhorar as finanças públicas e direcionar os recursos da Previdência para quem realmente precisa, pois segundo o governo, há milhares de segurados que se encontram aptos para retornar ao trabalho, mas, em vista da falta de fiscalização, muitos permanecem recebendo o benefício.

Salientam Campanholi e Gouveia (2017), que a Previdência Social e o conjunto de reformas que o governo federal diz ser necessária para o desenvolvimento do país estão inovando no ordenamento jurídico, mas ao mesmo tempo causando profundas transformações sociais, econômicas e políticas.

Segundo a Agência Senado (2017), o governo afirma que a despesa com o auxílio-doença atingiu R\$23,2 bilhões em 2015. Do total de beneficiários, cerca de 530 mil estão recebendo o auxílio há mais de dois anos, sendo que os gastos com a aposentadoria por invalidez atingiram em 2015 R\$44,5 bilhões.

De acordo com Prates (2016), a expectativa do governo é que sejam cortados cerca de 30% dos auxílios-doença e 5% das aposentadorias por invalidez que estão sendo pagas por pessoas que poderiam estar trabalhando. Não obstante, serão reavaliadas 4,2 milhões de inscrições no Benefício de Prestação Continuada (BPC), concedidos a idosos ou pessoas com deficiência com renda per capita menor que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Afirma Delfino (2017), que estão submetidos às revisões, ou seja, passar pela operação pente fino, todos os segurados que estão recebendo o auxílio-doença ou aposentaria por invalidez, concedidos tanto administrativamente quanto judicialmente; e estão isentos do pente fino o aposentado por invalidez e o pensionista inválido que não tenham retornado à atividade nas seguintes condições: após completarem cinquenta e cinco anos ou mais de idade e quando decorridos quinze anos da data da concessão da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a precedeu; ou após completarem sessenta anos de idade.

Enfatiza Delfino (2017), que é incerto saber quem passará ou não pela revisão, entretanto, os aposentados por invalidez ou recebendo o auxílio-doença que possuem menos de 60 anos e que não foram submetidos à perícia médica há mais de dois anos poderão ter seus benefícios revisados.

Ainda conforme a Agência Senado (2017), receber o auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e salário-maternidade vai ficar mais difícil para quem

deixou de ser segurado e pretende voltar, pois a nova Lei nº 13.457/2017, de acordo com o artigo 27-A, aumenta as carências para a concessão desses benefícios, na hipótese de a pessoa perder a condição de segurado do Regime Geral de Previdência Social.

Dispõe o artigo na nova Lei 13.457/17:

Art. 27-A. No caso de perda da qualidade de segurado, para efeito de carência para a concessão dos benefícios de que trata esta Lei, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos nos incisos I e III do caput do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 2017).

Ressalta-se que o instituto da carência é conceituado na Lei nº 8.213/1991 no artigo 24 como “Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências” (BRASIL, 1991).

Afirmam Campanholi e Gouveia (2017), que a alteração na lei no que se refere à carência prevê:

Em caso de perda da qualidade de segurado, para efeito de carência para a concessão dos benefícios de aposentadoria por invalidez e auxílio-doença, o segurado deverá contar, a partir da nova filiação à Previdência Social, com metade dos períodos previstos, sendo assim serão exigidos 6 meses a partir da nova filiação para que se compute as contribuições anteriores à perda da qualidade de segurado para fins de carência (CAMPANHOLI; GOUVEIA, 2017).

Conforme Serau Júnior (2016) a revogação da regra contida no artigo 24, parágrafo único da Lei nº 8.213/1991, permitia o aproveitamento das contribuições previdenciárias anteriores à perda da qualidade de segurado, desde que após a nova filiação, o segurado obtivesse ao menos 1/3 (um terço) das contribuições necessárias à aquisição do benefício pretendido. Para o autor supracitado, tal dispositivo pode ser fruto de inconstitucionalidade:

A primeira leitura dessa alteração legislativa permite entrever que as contribuições previdenciárias anteriores não mais serão aproveitadas, embora uma interpretação constitucional (o art. 201 da Constituição Federal estabelece que o sistema previdenciário é contributivo, portanto tais contribuições devem refletir, de alguma maneira, em prol do segurado) permita conclusão em sentido contrário. Vislumbra-se aqui a inconstitucionalidade desse dispositivo específico (SERAU JÚNIOR, 2016).

Nesse sentido, assinala Serau Júnior (2016), as mudanças na legislação, representam reflexos da inadequada reestruturação administrativa imposta à Previdência Social, sem o fundamental diálogo com a sociedade, transferindo-a para a pasta econômica (para o Ministério da Fazenda), com o que se pretende dar racionalidade meramente econômica e fiscalista à gestão de tão importante política social.

Nessa linha de pensamento, conforme Contraf-CUT (2016), o secretário de saúde do trabalhador da Contraf-Cut, Walcir Previtale, asseverou que já existe a Política Nacional de Saúde do Trabalhador, através do Decreto nº 7.602/2011, e que com essa alteração da legislação, a Política Nacional de Saúde do Trabalhador já sofreu impacto negativo ao dificultar as garantias previdenciárias; o direito à Seguridade Social da classe trabalhadora no momento em que ela mais precisa, ou seja, quando perde a saúde devido às péssimas condições de trabalho, por conta de ambientes trabalhistas perigosos e inseguros bem como a ocorrência de acidentes do trabalho.

Ressalta que, sem sombra de dúvidas, são decisões equivocadas sem o respeito aos espaços democráticos de deliberação sobre a política de Seguridade Social, inclusive, o próprio Conselho Nacional de Previdência Social também não foi consultado sobre as mudanças na legislação.

Dentre os reflexos negativos na vida do segurado no que diz respeito ao benefício auxílio-doença, com a revogação do parágrafo único do artigo 24 da Lei nº 8.213/1991 e inclusão do artigo 27-A, depreende-se que, o segurado que reingressar no Regime Geral de Previdência Social, deverá preencher a carência mínima exigida para a concessão do benefício, não podendo computar as contribuições já feitas anteriormente à perda da qualidade de segurado, ou seja, as contribuições anteriores à perda da condição de segurado não servirão para o cálculo da carência mínima exigida. Dessa forma, se antes o segurado tinha que cumprir com 1/3 para ter a qualidade de segurado, correspondente a quatro meses, agora deverá cumprir seis meses para ter direito ao auxílio-doença.

Do exposto, cabe esclarecer que o segurado ficará extremamente prejudicado, sobretudo num contexto de crise de desemprego a que assistimos, pois a pessoa deixa de contribuir não por seu bel prazer, mas porque tem que priorizar as necessidades básicas para sua subsistência e de sua família.

Outro ponto negativo com as alterações acerca do benefício auxílio-doença relaciona-se à questão da operação pente fino, em que muitas ações estão tramitando na justiça, conforme depoimento divulgado no G1 – Portal Globo de notícias:

Ingresso na Justiça

O número de pessoas que questionam os resultados das perícias da Previdência Social tem aumentado. Só em Joinville, desde o começo do ano, 1,5 mil ações tramitam na Justiça Federal. São pessoas que ainda estariam doentes e mesmo assim tiveram o auxílio cancelado. Por anos a promotora técnica Ana Lúcia Sell trabalhou sentindo dores até descobrir um problema na coluna. Ela fez até uma cirurgia para resolver a situação. “Aquilo que eu esperava, que era resolver um problema de dor e de limitação, coisa que atrapalhava o meu trabalho, a minha vida, foi justamente o contrário que aconteceu”, disse Ana Lúcia. Sem nem conseguir se mexer direito, hoje ela depende dos pais para quase tudo. Os laudos médicos indicam problemas graves de saúde. Mesmo assim, os peritos concluíram que a Ana Lúcia poderia voltar ao trabalho. Por isso, ela perdeu o auxílio-doença. “Com o dinheiro do meu benefício já estava difícil, mas assim eu tinha dignidade, eu tinha dinheiro pra comprar o que preciso: alimentação, medicação, o tratamento que venho fazendo”, declarou (G1, 2017, grifo no original).

Embora haja a necessidade de se apurar os recebimentos indevidos, as fraudes, não se pode fazer tal política a toque de caixa, como por exemplo, o mutirão de perícias, que pode vir a prejudicar ainda mais os milhares de segurados, como se depreende do depoimento acima citado.

3.2 A imposição da alta programada no auxílio-doença e as consequências na vida do segurado

A alta programada, outra grande alteração na Lei nº 13.457/2017, está prevista no artigo 1º do Decreto nº 5.844/2006, que alterou o artigo 78 do Decreto nº 3.048/1999³⁰. Com a nova Lei, a alta programada passa a ser regulamentada.

Para Oliveira (2009), o procedimento da alta programada já era adotado independentemente de qualquer normativa legal específica, apenas por força de Orientação Interna do Instituto Nacional do Seguro Social. Por este mecanismo, já na perícia inicial em que se confirma o diagnóstico de doença incapacitante do exercício de

³⁰ Art. 78. O auxílio-doença cessa pela recuperação da capacidade para o trabalho, pela transformação em aposentadoria por invalidez ou auxílio-acidente de qualquer natureza, neste caso se resultar sequela que implique redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

atividade laboral e concedido o benefício de auxílio-doença, o médico perito, mediante avaliação, estipula o prazo que entender suficiente para a recuperação da capacidade para o trabalho do segurado, e, assim sendo, o pagamento do benefício é suspenso automaticamente, dispensada a realização de nova perícia. Se o segurado não estiver apto para o trabalho pode solicitar a prorrogação do seu benefício.

Assevera Oliveira (2009), que a alta programada ocorre da seguinte forma:

O trabalhador passa por uma perícia na qual o médico confronta o código da enfermidade ou lesão diagnosticada com o tempo estimado de permanência em gozo do benefício apresentado pelo programa de computador utilizado pela autarquia, e que se baseia em estudos estatísticos de diagnóstico, tratamento e tempo de recuperação de milhares de benefícios concedidos, sendo lançado no sistema informatizado do INSS a data de alta do segurado e o consequente encerramento do benefício. Alcançada a data prevista, o sistema acusa a "capacidade" do beneficiário para retornar à sua atividade laborativa, independentemente de avaliação das condições subjetivas do infortunado (OLIVEIRA, 2009).

Argumenta Oliveira (2009), que a justificativa para a alta programada é que o mecanismo aperfeiçoa o sistema previdenciário, pois ao disciplinar a concessão do benefício temporário, tornam mais rígidos e seguros os processos de concessão de auxílio-doença, suprimindo fraudes na obtenção de benefícios, além de racionalizar as perícias, de forma que o segurado não tenha que se submeter a elas desnecessariamente.

Esclarece Cavalcante (2017), que a alta programada na Lei nº 13.457/2017 é boa para a rotina de serviços do Instituto Nacional do Seguro Social, pois gera economia para a autarquia, reduz a quantidade de renovações do auxílio-doença, tendo em vista que muitos segurados não pedem a renovação do benefício antes da data programada.

A alta programada, conforme Cavalcante (2017) foi duramente criticada por grande parte da doutrina previdenciária na qual a posição majoritária nos Tribunais Regionais Federais (TRF1 e TRF3), sempre foi no sentido de que a alta programada era indevida, inclusive por violar o artigo 62 da Lei nº 8213/1991. Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO PELO SISTEMA DE ALTA PROGRAMADA. VIOLAÇÃO AO ART. 62 DA LEI 8.213/91. PROCEDIMENTO ILEGAL. NECESSIDADE DA PERÍCIA. 1. A "Cobertura

Previdenciária Estimada" (COPES), conhecida por Sistema de Alta Programada, foi implementada por meio do Decreto n. 5.844, de 2006, e consiste na concessão do benefício de auxílio-doença, por parte do INSS, cujo término é previsto no momento da concessão, que se dá mediante avaliação médico-pericial. 2. A cessação do benefício previdenciário de auxílio-doença pelo Sistema de Alta Programada viola o art. 62 da Lei n. 8.213, de 1991, que garante ao segurado que não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez. Somente pode haver cessação do benefício se for o segurado submetido à perícia médica em que se averigüe a reaquisição da sua condição de retornar às atividades laborais, até porque o segurado em gozo de benefício da espécie está obrigado a submeter-se a exame médico a cargo da Previdência Social, nos termos do art. 101, caput, da Lei de Benefícios. 3. Salvo proibição judicial expressa, inexistente na hipótese dos autos, pode e deve a Previdência Social proceder à submissão do segurado a exame médico, para manter ou fazer cessar o benefício, porque o fato jurígeno do direito é a incapacidade temporária para o trabalho, e não a tramitação do processo judicial, que pode fazer delongar no tempo a percepção injustificada de benefício previdenciário. O processo judicial não tem por efeito congelar a incapacidade laboral, que só a perícia médica pode atestar. A recuperação da capacidade de trabalho configura fato superveniente à propositura da ação e deverá ser levada em consideração pelo juiz ao proferir sua sentença, nos termos do art. 462 do Código de Processo Civil, reconhecendo o direito ao benefício até a recuperação, se for o caso, da condição de trabalho, atestada pela perícia. 4. Apelação do INSS e remessa oficial desprovidas. A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e á remessa oficial (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 2016, p. 1228).

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUXÍLIO-DOENÇA. ALTA PROGRAMADA. INOCORRÊNCIA. CESSAÇÃO APÓS A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA ADMINISTRATIVA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE LIMINAR.

IMPOSSIBILIDADE. I - O instituto da "alta programada" é incompatível com a lei previdenciária, tendo em vista que fere direito subjetivo do segurado de ver sua capacidade laborativa aferida através do meio idôneo a tal fim, que é a perícia médica. II - Revela-se incabível que a Autarquia preveja com antecedência, por meio de mero prognóstico, que em determinada data o segurado esteja apto ao retorno ao trabalho, sem avaliar o real estado de saúde em que se encontra, tendo em vista que tal prognóstico pode não corresponder à efetiva evolução da doença. III - Entretanto, no caso em tela, o benefício do impetrante não foi cessado por força da "alta programada" e sim após perícia administrativa realizada em 12.09.2014, ou seja, após o trânsito em julgado da decisão judicial que determinou o seu restabelecimento (19.03.2014). IV - Os valores recebidos por força da decisão que deferiu a medida liminar não serão objeto de devolução, tendo em vista a natureza alimentar das prestações pagas e por terem decorrido de decisão judicial. V - Apelação do INSS e remessa oficial providas (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 2016).

A jurisprudência não admitia a alta programada judicial, tendo em vista que a perícia médica é condição indispensável à cessação do benefício, pois somente ela poderá atestar se o segurado está apto ao retorno de suas atividades laborais ou não.

Destarte, o prazo indicado pelo perito como suficiente ao restabelecimento da capacidade é apenas uma estimativa, haja vista que depende de fatores alheios à vontade do segurado e do Instituto Nacional do Seguro Social. Por essa razão, o magistrado não tem condições de fixar com antecipação a data da recuperação.

Inferese, portanto, que a referida Lei nº 13.457/2017 superou a jurisprudência majoritária ao impor a alta programada para o auxílio-doença concedido tanto na esfera administrativa como judicial, conforme a nova redação dos dispositivos inseridos pela Lei:

Art. 60 [...]

§ 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º deste artigo, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação do auxílio-doença, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação perante o INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62 desta Lei (BRASIL, 2017).

A partir dessa mudança, assinala Cavalcante (2017), que se a pessoa ingressar com a ação e o juiz conceder o auxílio-doença, o magistrado deverá, com base no que o perito indicar no laudo pericial, fixar a data de cessação do benefício, e, na hipótese do perito não haver informado o tempo estimado de recuperação, o auxílio-doença irá durar pelo prazo de 120 dias. Se ao fim do prazo de 120 dias, o segurado entender que ainda não se encontra capacitado para o trabalho, deverá requerer administrativamente junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, a prorrogação do benefício.

Assim sendo, a data da possível alta do segurado é agora um dos quesitos obrigatórios nos laudos periciais produzidos no processo judicial. Em virtude disso, conforme a previsão no parágrafo 8º, do artigo 60, da Lei nº 8.213/1991, é imprescindível que os peritos judiciais, ao elaborarem o laudo, informem ao juiz a data estimada em que o segurado estará curado da enfermidade.

Assevera Cavalcante (2017), que a alta programada é uma metodologia falha, pois a medicina não é uma ciência exata e o organismo humano não se comporta como uma máquina, havendo inúmeros fatores que poderão influenciar o prazo da concessão do benefício para menos ou para mais. Entretanto, a alta programada não impede a realização de perícia para averiguar a necessidade ou não do auxílio-doença, mas exige que o segurado requeira a prorrogação do benefício, caso não se sinta apto ao retorno das atividades laborais.

Entende-se com a alteração do artigo 60, parágrafo 9º, da Lei nº 8.213/1991, que é uma medida totalmente distorcida da realidade, haja vista que a incapacidade temporária pode ter maior ou menor tempo de duração, ademais depende do quadro clínico do segurado, sendo inviável estipular que o segurado esteja apto a retornar ao trabalho no prazo determinado na lei, ou seja, em 120 dias.

Outra novidade na lei está inserida no parágrafo 10, do artigo 60, da Lei nº 8.213/1991, que dispõe:

§ 10. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram sua concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101 desta lei (BRASIL, 2017).

Tal dispositivo reforça o poder-dever que o Instituto Nacional possui de convocar a qualquer tempo, o segurado que esteja recebendo o auxílio-doença para que seja reavaliado e saber se a incapacidade ainda permanece. Caso o segurado não concorde com o resultado da avaliação, poderá apresentar recurso no prazo máximo de 30 dias perante o Conselho de Recursos do Seguro Social.

Não resta dúvida, conforme Oliveira (2009), que muitas enfermidades como as de menor complexidade podem ter seu prazo de tratamento e recuperação previsto pelo profissional competente, mas, cada caso é um caso, por isso é imprescindível a análise da situação concreta.

Não obstante, é preciso levar em consideração que o perito médico pode não ser especialista na área da doença que apresenta o segurado, como sempre ocorre, tendo aquele, portanto, menores condições ainda de precisar a data da alta.

Argumenta Oliveira (2009), que são frequentes as queixas formuladas pelos segurados de que os médicos peritos não dão a devida atenção às patologias, limitando-se a examinar com frieza e superficialmente o paciente, ficando inclusive mais tempo a preencher os formulários burocráticos do que diagnosticando o caso, além de nem sequer apreciar os exames feitos por médicos e clínicas particulares, dando parecer contrário à prova dos laudos.

Percebe-se que, a alta programada agora imposta legalmente poderá trazer reflexos muito negativos à vida do segurado, caso não seja observado se de fato o segurado está apto a retornar ao labor, pois cessado o benefício, este é obrigado a retornar ao trabalho em função da necessidade de manter sua subsistência e de sua família. Em face disso, assinala Oliveira (2009):

Para o trabalhador que mantém seu contrato de trabalho, a situação gera o risco evitável de agravamento de suas enfermidades ou lesões, e o problema que antes poderia ser sanado pelo afastamento do operário pelo tempo razoável para sua recuperação e tratamento, através do benefício auxílio-doença, se converte num quadro mais funesto, vez que pode desencadear para sequelas com redução da capacidade laboral ou invalidez do trabalhador, demandando o pagamento de benefícios que onerarão de forma significativamente maior os cofres previdenciários. (OLIVEIRA, 2009).

Não obstante, acrescenta Oliveira (2009), que se o problema antes estava restrito à seara previdenciária, torna-se com a alta programada, sem as devidas observações do prazo necessário para a recuperação e tratamento estimado do segurado, questão de saúde pública, pois se cessa o benefício simplesmente pelo decurso do prazo e não observando-se a enfermidade ou a lesão, o que pode, sem sombra de dúvidas, piorar o estado de saúde do segurado. Isso acaba por refletir em sua vida social e familiar.

Do exposto, infere-se que no intuito de desonerar os cofres previdenciários e aprimorar o sistema, racionalizando procedimentos, o Estado, com as referidas mudanças na Lei nº 13.457/2017, especificamente no que tange ao auxílio-doença e ao instituto da alta programada, sacrifica o segurado, retrocedendo em importante conquista social, consistente na proteção contra o risco social, pois impossibilita o segurado efetivamente incapacitado para o trabalho, condições mínimas de sobrevivência, desrespeitando-o na sua dignidade humana.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como fulcro abordar as principais alterações relacionadas ao benefício auxílio-doença e ao instituto da alta programada, ocorridas na Lei nº 13.457/2017, fruto de aprovação da Medida Provisória nº 767/2017, além disso, objetiva refletir sobre tais alterações e suas consequências na vida do segurado.

Constatou-se que a Lei nº 13.457/2017 que alterou a Lei de Benefícios nº 8.213/1991 trouxe significativas mudanças no benefício auxílio-doença no que tange à concessão, à carência, permanência, cessação do benefício e à alta programada.

Não resta dúvida de que são necessárias mudanças visando ao equilíbrio financeiro do Estado, mas isso não pode ser feito em detrimento do segurado da Previdência Social, especialmente no momento em que ele mais necessita do amparo do Estado. O governo não pode olhar apenas com os olhos nos gastos, na economia, no mercado.

Há necessidade de se combater as fraudes no sistema, porém é preciso que cada caso seja analisado com o devido respeito ao ser humano. É mister identificar quais são os que realmente necessitam do amparo legal do Estado, é urgente uma política de real transparência, com auditorias e não simplesmente da forma como vem acontecendo através da operação pente fino. Merece inclusive uma crítica ao nome dado à operação, tendo em vista que pente fino é utilizado para retirar piolho, um parasita. O segurado trabalhador não é um parasita, é um ser humano que, acometido de alguma enfermidade, necessita do benefício auxílio-doença.

Pela pesquisa feita percebeu-se que diante de tais mudanças, inúmeras ações judiciais estão tramitando na justiça pelo país em relação ao reestabelecimento do benefício auxílio-doença, sobretudo porque a autarquia estabelece a alta, contrariando a decisão do médico do segurado e da empresa.

Ora, uma lei é eficaz quando cumprida sua função social, ou seja, quando cria melhores condições de vida para o cidadão. Infelizmente, as alterações nos referidos dispositivos mencionados na Lei nº 13.457/2017, como o aumento do período de carência, a convocação do segurado a qualquer momento e a alta programada, induz à percepção de que o número de ações questionando o direito ao benefício auxílio-doença aumentará de forma assustadora, haja vista que tal benefício é a única forma do

segurado manter a sua subsistência. É sabido por todos que são essas as pessoas mais necessitadas do benefício, pois estão vivendo momentos de extrema fragilidade, e é imoral e injusto diante de uma avaliação única ter a sua fonte de renda cortada.

Induz ainda à percepção de violação do princípio da segurança jurídica, que está intrinsecamente ligado ao Estado Democrático de Direito, haja vista que a convocação daqueles que tiveram seus benefícios concedidos judicialmente, já o tiveram negados administrativamente, passaram novamente por perícia, tiveram o benefício concedido e podem ter o benefício cassado novamente.

Por fim, restou demonstrado que as alterações contidas na Lei nº 13.457/2017 representam um retrocesso social, pois restringem direitos dos trabalhadores, provocam insegurança jurídica e negam a função social do benefício auxílio-doença, que é garantir ao segurado os meios indispensáveis à sua subsistência e de sua família, logo, violam também um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Agência Senado. **Transformada em lei a MP que concede bônus a peritos e altera benefícios do INSS**. 2017. Disponível em:

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materiais/2017/06/27/transformada-em-lei-a-mp-que-concede-bonus-a-peritos-e-altera-beneficios-do-inss>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017

BRASIL. **Decreto nº 3048 de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 12 ago. de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.844, de 13 de julho de 2006**. Acresce parágrafos ao art. 78 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em:

<<http://www.contabeis.com.br/legislacao/90931/decreto-5844-2006/>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.457, de junho de 2017**. Altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13457.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação em Mandado de Segurança nº 00086730320084013600**. Diário Oficial da Justiça Federal da 1ª Região, Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2016, p. 1228.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0004599-84.2014.4.03.6106. Relator Sérgio Nascimento. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 20 de abril de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaColecao/9?np=1>> Acesso em: 31 de julho de 2018.

CAMPANHOLI, Michelli Azanha; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. A Lei 13.457, de 26 de junho de 2017 e as novas regras em relação aos benefícios por incapacidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/principal.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19366&revista_caderno%20=20>. Acesso em 10 ago. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manuel de direito previdenciário**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.457/2017, que impõe a sistemática da alta programada para os auxílios-doença concedidos administrativa ou judicialmente**. Dizer o Direito, 27 de junho de 2017. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2017/06/comentarios-lei-134572017-que-impoe.html>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

CONTRAF-CUT. **Para especialista, MP 739 é inconstitucional e traz retrocesso social.** 2016. Disponível em:

<<http://www.vidabancaria.com.br/brasil/noticia/13/7/2016/para-especialista--mp-739-e-inconstitucional-e-traz-retrocesso-social>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

DELFINO, Liliana Rodrigues. **O pente fino do INSS foi aprovado e agora virou lei!**

Direito para leigos, 27 de junho de 2017. Disponível em:

<<http://advocaciamaar.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

G1. **Trabalhadores questionam na Justiça corte de auxílio-doença questionam na Justiça corte de auxílio-doença em SC após pente-fino do governo federal.**

Notícias, 16 de junho de 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/trabalhadores-questionam-na-justica-corte-de-auxilio-doenca-em-sc-apos-pente-fino-do-governo-federal.ghtml>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário.** 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELLO, Ideli de; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. Auxílio-doença e aposentadoria por invalidez em face da Lei nº 13.457, de 26 de junho de 2017. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19261&revista_caderno=20>. Acesso em 08 jul. 2017.

OLIVEIRA, Marcel Thiago de. **Alta programada:** afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. JusBrasil, 2009. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/12882/alta-programada-afronta-ao-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

PRATES, Caio. **MP permite a revisão de auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez.** A Tribuna, 2016. Disponível em:<<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias- detalhe/economia/mp-permite-a-revisao-de-auxilio-doenca-e-da-aposentadoria-por- invalidez/?cHash=d691ce14c883868b5abf9dbc38aef35e>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Medida Provisória 739/16:** restrições indevidas nos benefícios previdenciários por incapacidade. Gen Jurídico, 08 de julho de 2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/07/08/medida-provisoria-73916-restricoes-indevidas-nos-beneficios-previdenciarias-por-incapacidade/>>. Acesso em: 08 ago. 2017

TAVARES, Leonardo Marcelo. **Direito previdenciário**: Regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

VALADARES, Maria Goreth Macedo. **Multiparentalidade e as novas relações parentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VENTURA, Manoel. **Congresso confirma autorização de pente-fino em benefícios do INSS**. O Globo, 31 de junho de 2017. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/economia/congresso-confirma-autorizacao-de-pente-fino-em-beneficios-do-inss-21419428#ixzz4pBB1h5MJ>> Acesso em: 08 ago. 2017.

**(IN) APLICABILIDADE DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE
O LEGISLADO DE ACORDO COM O ART. 611-A DA CLT COM
REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 13.467/2017 – REFORMA
TRABALHISTA.**

PREVALENCE (IN) APPLICABILITY OF THE NEGOTIATED OVER THE
LEGISLATED, UNDER CLT ART. 611-A, TEXT ENACTED BY LAW N.º. 13.467/2017 -
LABOR REFORM BILL.

**Gilceu Ferreira da Costa³¹
Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho³²**

RESUMO

A Reforma Trabalhista, materializada pela Lei n.º 13.467/2017, introduziu no ramo juslaboral um texto normativo que tem causado profundas discussões tanto no meio acadêmico quanto no meio jurídico brasileiro. Trata-se da prevalência do negociado sobre o legislado, insculpida no art. 611-A da CLT, a qual atribui à negociação coletiva a prerrogativa de reduzir e, até mesmo, abolir direitos trabalhistas, em total dissonância com o objetivo principal deste instituto. Assim, com vistas neste potencial fenômeno flexibilizador de direitos, o presente trabalho dedicou-se a pesquisar teses jurídicas e entendimentos já consolidados de juristas e especialistas da área, a fim de detectar o futuro desta norma com relação a sua aplicação conforme pretende a Reforma Trabalhista.

Palavras-chave: Reforma trabalhista; Negociado; Legislado; Negociação coletiva; Princípios.

ABSTRACT

The Labor Reform bill, enacted by Law no. 13.467/2017, introduced in labor law branch a normative text that has caused deep discussions, both in academic environment and in Brazilian legal environment. It is the prevalence of the negotiated over the legislated, inscribed in art. 611-A, which gives collective bargaining the prerogative to reduce and even

³¹ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Advogado. E-mail: gilceufcosta@yahoo.com.br.

³² Mestra em Direito Ambiental e Sustentabilidade. Pós-graduação em Direito Ambiental. Pós-graduação em Estudos de Impacto e Licenciamento Ambiental. Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidad de Buenos Aires - UBA. Professora na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo - FAC. Professora na Universidade Estadual de Minas Gerais - UEMG, Unidade Diamantina - MG. Advogada.
E-mail: marianaadalberto@hotmail.com

abolish labor rights in total dissonance with the main objective of this institute. Thus, with a view to this potential rights flexibilizer, this work has been committed to research juridical theses and already consolidated understandings of jurists and experts of the area, in order to detect the future of this norm with respect to its application as it intends the Labor Reform bill.

Keywords: Labor Reform, Negotiated, Legislated, Collective Negotiation, Principles.

1. INTRODUÇÃO

Com a justificativa de buscar, dentre outros objetivos, modernizar e aprimorar as relações de trabalho no Brasil por meio da valorização da negociação coletiva, bem como atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país e promover maior segurança jurídica, o Poder Executivo, através da mensagem n.º 688, enviou ao Congresso Nacional, no final do mês de dezembro de 2016, o Projeto de Lei que recebeu o n.º 6787/2016 na Câmara dos Deputados. Tratava-se da tão propagada Reforma Trabalhista.

A Câmara dos Deputados criou uma Comissão Especial para emitir parecer sobre a referida proposição, sendo que tal comissão, através do relator Deputado Rogério Marinho, apresentou um substitutivo alterando profundamente a proposta inicial do Governo Federal. O substitutivo apresentado foi votado na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal que, apesar de maioria absoluta dos senadores não concordarem com inúmeras proposições contidas no projeto, ainda assim abriram mão da função legiferante, aprovando-o e encaminhando para a sanção do Presidente da República e promulgação, o que materializou a Reforma Trabalhista, através da Lei n.º 13.467/2017.

A referida lei entrou em vigor no dia 11/11/2017 e vem causando enorme insegurança jurídica devido ao seu pobre e ineficiente texto normativo e a detecção de diversos pontos nos quais se pode perceber patente afronta a CRFB/88 e legislação infraconstitucional, não só de ordem técnica, mas pelo claro potencial de promover grande retrocesso em direitos sociais trabalhistas conquistados ao longo dos anos.

A lei da Reforma Trabalhista, de n.º 13.467/2017, que altera a CLT, tem provocado acentuado debate no meio jurídico e acadêmico, notadamente em torno de um dos seus mais importantes pilares: a prevalência do negociado sobre o legislado.

Ocorre que a referida reforma confere poderes alargados à negociação coletiva, ao que parece a ponto de afastá-la dos objetivos para os quais serve, autorizando o seu uso para

promover a flexibilização dos direitos trabalhistas em prejuízo do trabalhador. Diante disso, surge a pergunta: será possível a aplicação da prevalência do negociado sobre o legislado nos moldes estabelecidos pela Reforma Trabalhista?

Tem este trabalho o objetivo de procurar responder tal indagação, uma vez que, de forma decisiva, o mesmo tem como fonte inspiradora a questão da predominância do negociado sobre o legislado, consagrada no art. 611-A da CLT.

Assim, com base em teses e posicionamentos jurídicos e doutrinários já consolidados, será realizado um estudo sobre a real possibilidade de aplicação da predominância do negociado sobre o legislado, fundamentalmente na perspectiva principiológica protetiva deste ramo especializado do Direito.

Inicia-se o segundo capítulo com uma breve retrospectiva sobre a evolução das relações trabalhistas, cujo objetivo é demonstrar a dimensão social do trabalho alcançada ao longo da história através das lutas de classe, bem como lembrar o surgimento do Direito do Trabalho e seu caráter protetivo.

No terceiro capítulo, serão analisados alguns princípios do Direito do Trabalho que se apresentam em contraposição direta ao objetivo flexibilizador da Reforma Trabalhista.

Prosseguindo, no capítulo seguinte, a abordagem será sobre a negociação coletiva, tópico em que será demonstrada a sua origem, definição e importância no processo de pacificação dos conflitos entre empregados e empregadores e a sua principal função de promover melhorias para a categoria obreira, bem como ressaltar os efeitos jurídicos dos diplomas negociais coletivos – o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho. Após, no capítulo quinto, entra-se na essência deste trabalho que é a prevalência das normas autônomas coletivas sobre as normas heterônomas estatais, sendo que o artigo 611- A da CLT, com redação dada pela Lei n.º 13.467/2017, traz a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado, com exceção apenas dos direitos previstos no art. 611-B do mesmo diploma legal.

Por fim, será apresentada uma conclusão do estudo, de forma a responder ao questionamento formulado sobre a (in)aplicabilidade da prevalência do negociado sobre o legislado tal qual prevê a reforma trabalhista.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Em breve retrospectiva, pretende-se neste capítulo traçar rápida evolução das relações de trabalho predominantes nos vários modelos produtivos experimentados no

decorrer da história da humanidade, com vistas a demonstrar a inquestionável dimensão social do trabalho alcançada através das lutas travadas pelos trabalhadores contra a exploração imposta pelas classes dominantes.

Pretende-se, também, demonstrar o processo de construção do Direito do Trabalho a partir da organização e atuação coletiva dos operários em busca de interesses comuns a toda categoria.

2.1 O Trabalho na Antiguidade

Na antiguidade, predominava a escravidão, cuja prestação de serviços era obrigatória e sempre imposta pelos senhores da terra, que detinham a propriedade dos escravos, não sendo concedida a eles autonomia para estabelecer qualquer espécie de vínculo produtivo. Ocorria, pois, a instrumentalização do homem nas relações sociais e de produção.

Na lição de Gabriela Delgado (2015, p. 129), além de obrigatório, o trabalho criava sentimentos de sofrimento e de condenação para os trabalhadores escravizados, o que lhes gerava uma identidade de submissão.

2.2 O Trabalho na Idade Média

A partir da Idade Média surge o feudalismo na Europa Ocidental, caracterizado pelo trabalho servil prestado aos nobres e à alta hierarquia da Igreja Católica, sendo que na visão de Gabriela Delgado (2015, p. 130) a instrumentalização do homem, da mesma forma que na escravidão, caracterizou aquele sistema produtivo, pois, apesar de não ser escravo, o trabalhador não tinha direito à liberdade de escolher o seu vínculo de trabalho.

No sistema feudal a economia de subsistência não permitia a acumulação de capital através de comércio da produção obtida. Entretanto, o enorme crescimento da população resultou em superexploração do trabalho servil, provocando insatisfações e revoltas dos servos, ao mesmo tempo em que, apesar de contrárias à estrutura feudal, começaram a surgir práticas comerciais em torno dos feudos, posteriormente, consolidadas nos burgos pela nova classe emergente: a burguesia.

Assim, com o enfraquecimento do poder hegemônico da nobreza, inicia-se a derrocada do sistema feudal e o conseqüente fortalecimento da burguesia em torno do capital, ocasião em que surgiram as corporações de ofício como opção ao modelo produtivo existente.

A nova organização produtiva implementada pelas corporações de ofício, de acordo com as habilidades de cada um, definia sua posição social de forma rígida, hierárquica e

paternalista, em que os mestres detinham os meios de produção, os companheiros prestavam os serviços e os aprendizes se inseriam para aprender a profissão.

Observava-se, ainda, ausência de liberdade dos trabalhadores, uma vez que os mestres os mantinham sob rígida disciplina não apenas no local de trabalho, mas interferindo na vida pessoal de cada um.

Ao se conscientizar da crise estrutural do feudalismo e do surgimento da nova classe burguesa, a Igreja, como estratégia para manter-se no poder, resolveu patrocinar o fortalecimento da corte real, o que abriu caminho para o surgimento do Estado Moderno.

2.3 O Trabalho na Modernidade

Leciona Gabriela Delgado (2015, p. 131) que o Estado Moderno consolidou-se no período compreendido entre os séculos XV e XVIII, absolutista e monárquico, caracterizado pela concentração de poderes políticos e econômicos na realeza.

2.3.1 Estado Absolutista

Com vistas a construir e consolidar o Estado Nacional para garantir mercado seguro e avançar nas práticas comerciais, a burguesia mercantilista também se empenhou em fortalecer a estrutura monárquica que, em resposta, passou a atender os interesses dessa classe emergente, proporcionando a esta, paulatinamente, alcançar a hegemonia do poder econômico e o capital forte, de forma a começar a ditar as regras para a estruturação de um novo modelo produtivo e de relações de trabalho.

Assim, começaram a surgir pequenas e rudimentares indústrias manufatureiras e uma nova estrutura produtiva caracterizada pela divisão do trabalho e pela contraprestação de salários, principiando a consolidação do modo de produção capitalista.

Sabe-se que a queda definitiva do absolutismo se deu em decorrência das revoluções burguesas do século XVII e XVIII, iniciadas na Inglaterra, logo se espalhando, principalmente, pela França e América do Norte, divulgando os preceitos liberais que impuseram o predomínio do capitalismo emergente no mundo ocidental.

2.3.2 Estado Liberal – Capitalismo e Trabalho

Com a queda do absolutismo, impôs-se o Estado Liberal prestigiando fortemente o sistema capitalista, o que provocou significativas alterações no sistema produtivo.

O Estado Liberal de Direito tinha como fundamento basilar a proteção à propriedade privada dos meios de produção, assegurando apenas os direitos de primeira geração, individuais e políticos, e somente às classes economicamente mais favorecidas.

O Estado Liberal era submetido à Constituição, sendo, pois, uma grande novidade. Entretanto, continuava a ser um Estado assegurador de garantias, vantagens e direitos apenas aos proprietários, o que o fazia parecer-se muito com a extinta fase absolutista.

O modelo liberal e individualista do Estado tornou-se extremamente favorável ao capitalismo, propiciando a manifestação de sua fase áurea, chamada de capitalismo industrial, cujo ápice se deu com a primeira Revolução Industrial, substituindo definitivamente a produção artesanal e manufatureira antes existente.

A partir do século XVIII, o capitalismo experimentou grande desenvolvimento, consolidando-se fortemente no século XIX com o surgimento da indústria, ocasião em que a burguesia criou mecanismos próprios para suprir as necessidades desta nova fase econômico-social, com vistas ao favorecimento da livre circulação de capital e mercadorias, condições necessárias para impulsionar o sistema industrial recém-iniciado.

Segundo Delgado (2015, p. 135), novamente imperava a percepção negativa do trabalho, uma vez que, além de identificado com o sofrimento e a necessidade, mostrava-se em total desconexão entre o sujeito produtivo e o objeto produzido.

Afirma a autora que a necessidade de sobrevivência coagia os trabalhadores a alienar a força de trabalho, sendo que, somente assim, conseguiriam inserir-se socialmente no sistema produtivo estabelecido.

Foi nesse contexto socioeconômico, cujo marco histórico é a primeira Revolução Industrial, que se estruturou a relação jurídica basilar do sistema produtivo capitalista: a relação de emprego, com todos os seus pressupostos fáticos jurídicos. Assim, o trabalhador (pessoa física) era contratado para pessoalmente (pessoalidade) empregar sua força de trabalho permanente e habitual (não eventualidade) sob o comando do proprietário dos meios de produção (subordinação jurídica), recebendo contraprestação pecuniária (onerosidade).

Entretanto, em que pese o grande progresso advindo da Revolução Industrial e a inovação estrutural da relação jurídica do sistema produtivo, problemas diversos surgiram em grande quantidade, impulsionando as lutas de classe por melhores condições de trabalho.

2.3.2.1 A Revolução Industrial

A Revolução Industrial foi responsável pela edificação de grandes fábricas e pelo surgimento de inúmeras cidades ao redor destas fábricas, representando grande progresso ao revolucionar o processo produtivo.

Entretanto, os ambientes fabris mostraram-se demasiadamente prejudiciais à saúde dos trabalhadores, uma vez que neles predominavam em grande escala condições de perigo e insalubridade, levando os obreiros muitas vezes à morte.

Características marcantes desta época foram situações de mando e submissão, com destaque, dentre outras, para o abuso sexual, a exploração de mão de obra feminina e infantil, a jornada excessiva e a enorme falta de higiene nos postos de trabalho.

Foi neste ambiente hostil que se formaram e transformaram as relações sociais advindas do trabalho, ficando instituídas, desta forma, duas classes de interesses antagônicos: a proletária e a capitalista.

Em decorrência dessa flagrante inospitalidade, surgiu na classe proletária uma consciência social que se transformou em consciência de classe, consolidando-se em resistência coletiva materializada em lutas por melhores condições de trabalho e de vida. Ocorre que o fato de os trabalhadores se concentrarem em um mesmo ambiente de trabalho e nas mesmas cidades construídas ao redor das fábricas, sofrendo as mesmas mazelas, favoreceu a consolidação da solidariedade de classe.

Assim, o associacionismo estabelecido, na dicção de Gabriela Delgado (2015, p. 137), reforçou a construção da identidade coletiva dos trabalhadores, propiciando a luta pela conquista de pleno acesso aos direitos sociais, o que passou a ser definido como o fenômeno social do sindicalismo.

Em decorrência, a luta desencadeada pela classe oprimida foi o fator preponderante e principal responsável pela conversão do regime político liberal para o regime social.

2.3.2.2 Do Estado Liberal ao Estado Social

Neste período histórico, em que os proletários descobriram o poder da ação coletiva, várias foram as conquistas obtidas, apesar de as associações sindicais criadas atuarem na clandestinidade, em virtude de serem expressamente proibidas pelo sistema jurídico da época.

Iniciaram-se, desta maneira, as reivindicações em oposição aos abusos no mundo do trabalho e intensificaram-se as lutas contra o aumento da concentração econômica de renda e o estado de miséria sem precedentes. Também foi fortemente combatida a exploração

demasiadamente excessiva do trabalho operário, principalmente das crianças e adolescentes e das mulheres, as chamadas “meias forças”.

Outro ponto atacado foi a política não intervencionista, surgindo manifestações que exigiam do Estado a consolidação de ações positivas, mediante a implementação dos direitos sociais e econômicos, especialmente em prol de melhores condições de trabalho.

Desta forma, o Estado Liberal, fortemente atacado pela classe proletária, para não perder a sua supremacia, viu-se obrigado a aderir a práticas governamentais democráticas e implementar alguns direitos sociais em favor dos setores socialmente desfavorecidos.

Na seara jurídica, o Direito Civil clássico começou a perder a preponderância na tutela das relações de trabalho. Nesse particular afirma José Augusto Rodrigues Pinto (1998, p. 33):

Criou-se um sentimento da inadaptação das relações de trabalho à disciplina civilista, calcada em princípios individualistas, como os da igualdade jurídica e da autonomia da vontade, diante da pressão deformadora do poder econômico sobre o assalariado.

Começava, gradativamente, o processo de elaboração de leis de cunho social e, posteriormente, em meados do século XIX, aconteceu a oficialização do Direito do Trabalho, que inicialmente era confundido com política social, conforme expressa Sérgio Pinto Martins (2016, p. 51):

É interessante lembrar que, em seus primórdios, o Direito do Trabalho foi confundido com a política social. Estudavam-no cientistas sociais e outras pessoas que mais poderiam ser chamados de revolucionários, tanto oriundos das faculdades, como dos parlamentos. Não havia diferença clara, até por falta de suficiente elaboração científica, entre os dois ramos do conhecimento. Os reformadores foram sendo, pouco a pouco, substituídos pelos juristas, voltados para o estudo da própria norma. A história do Direito do Trabalho identifica-se com a história da subordinação, do trabalho subordinado. Verifica-se que a preocupação maior é com a proteção do hipossuficiente e com o emprego típico.

Também a Igreja passa a pressionar o Poder Público através das cartas papais³³, especialmente através da Encíclica *Rerum Novarum*, escrita em 1.891 pelo Papa Leão XIII,

³³Alice Monteiro de Barros (BARROS, pág. 52), pontua as recomendações da Igreja em suas encíclicas: “Em síntese, pode-se afirmar que a doutrina social da Igreja condena os excessos capitalistas, socialistas e comunistas. Vejamos: o Estado deve intervir nas relações de trabalho para assegurar o bem comum; a propriedade não é um direito absoluto, e ao dono corresponde, na realidade, uma função de administrador, devendo submeter-se às limitações necessárias, dada a sua função social; o trabalho é título de honra, que toca a dignidade da pessoa humana; o salário deve ser justo e suficiente para manter o trabalhador e sua família de forma decorosa; o descanso deverá permitir-lhe a reposição de forças e o cumprimento dos deveres religiosos; não devem ser exploradas as “meias-forças” (mulheres e crianças); trabalhadores e empregadores não devem enfrentar luta de classes; a sociedade deve organizar-se corporativamente e as organizações profissionais deverão regular as relações de trabalho; o Estado deve intervir para regular e fixar condições em favor de quem não conta com outra sorte de proteção.”

que, segundo Martins (2016, p. 52), “pontifica uma fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão”.

Assim, diante da efervescência social instalada, foi necessária a intervenção estatal nas questões sociais, bem como nas relações entre capital e trabalho.

Já no início do século XX surgiu o fenômeno conhecido como constitucionalismo social, responsável pela inclusão nas constituições de direitos sociais e trabalhistas. Foi a Constituição do México, em 1917, a primeira a tratar desta questão, e, logo após, em 1919, a Constituição de Weimar, da Alemanha, sendo que ambas reconheceram a liberdade de associação sindical, o que alavancou a evolução do sindicalismo no mundo ocidental.

Influenciados por estas constituições, principalmente a da Alemanha, demais países passaram a tratar do Direito do Trabalho, passando a constar em suas constituições os direitos trabalhistas.

Para Sérgio Pinto Martins (2016, p. 53), a constitucionalização do Direito do Trabalho mostra a passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

2.3.3 Estado Social de Direito - Capitalismo e Trabalho

Informa Delgado (2015, p. 141) que a partir da segunda metade do século XIX o capitalismo industrial se transformou em monopolista e a sua gradativa expansão propiciou cada vez mais o surgimento dos monopólios das grandes empresas que, aliado ao processo de colonização dos países periféricos, fez eclodir a 1ª Guerra Mundial, no período de 1914 a 1918, provocando nos países industrializados problemas sociais de grandíssimas proporções.

Para restaurar a paz e a ordem social, destruídas pela 1ª grande guerra, uma das soluções encontradas foi a criação da Liga das Nações, que se deu com o Tratado de Versalhes, tratado este que também criou a Organização Internacional do Trabalho – OIT³⁴.

Gabriela Delgado (2015, p. 141), conforme ensinamento do ilustre Maurício Godinho, registra que neste período histórico-normativo inicia-se a fase de institucionalização

³⁴ Fundada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem como objetivo promover a justiça social. Sua estrutura tripartite, hoje conta participando em situação de igualdade com representantes de governos, de organizações de empregadores e de trabalhadores de 183 Estados-membros. A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (Convenções e Recomendações), que, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. A missão da OIT é promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião. Disponível em <<http://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/lang--pt/index.htm>>em 22/04/2018, às 10h18m).

do Direito do Trabalho³⁵, por ela assim definido: “ramo jurídico autônomo e específico, destinado a regular as relações jurídicas bilaterais estabelecidas entre empregados e empregadores ou entre sujeitos coletivos, por meio da igualdade de forças no contrato de trabalho”.

Inobstante a todo esforço despendido para a reconstrução da ordem social, em meio a este processo, surge nos Estados Unidos da América a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, desencadeando a crise de 1929, de ampla repercussão no mundo inteiro e considerada uma das principais causas da crise do capitalismo do século XX.

Mais uma vez ganhou reforço a busca em favorecer as políticas sociais, através de reformas econômicas que estimulavam a intervenção do Estado na economia.

Entretanto, neste contexto de crise, ergueram-se na Europa os regimes totalitários e autocráticos³⁶, e posteriormente eclode a 2ª Guerra Mundial³⁷, trazendo consequências desastrosas para toda a humanidade e, inevitavelmente, gerando grande desestruturação da economia mundial.

Após a 2ª grande guerra, com o objetivo de promover a paz entre as nações, foi criada, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), refluorecendo forte o ideal do Estado de Bem-Estar Social em quase todos os países da Europa Ocidental³⁸, tendo estes implementado a instauração de um Estado forte e intervencionista capaz de garantir direitos e restabelecer a economia com vistas a promover o resgate da dinâmica capitalista sob nova ótica.

³⁵Sobre a periodização relativa à criação e desenvolvimento do Direito do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, ensina que esta se deu em quatro fases: a) fase das manifestações incipientes ou esparsas: entre o início do século XIX até o Manifesto Comunista, em 1848; b) fase da sistematização e consolidação do Direito do Trabalho: de 1848 até a constitucionalização dos direitos sociais, em 1919; c) fase da institucionalização ou oficialização do Direito do Trabalho: iniciou-se em 1919 e avançou por todo o século XX; d) fase da crise e transição do Direito do Trabalho: final do século XX e início do século XXI.

³⁶**Regimes totalitários:** o fascismo de Mussolini, na Itália, de 1922 a 1943, e o nacional-socialismo de Hitler, na Alemanha, de 1933 a 1945. **Regimes autocráticos ibéricos:** o salazarismo de Oliveira Salazar, em Portugal, de 1932 a 1974, e o franquismo de Franco, na Espanha, de 1939 a 1974. (DELGADO, 2015, p. 142).

³⁷A 2ª Guerra Mundial iniciou-se em 1939, tendo como principais pressupostos para sua eclosão a crise econômica de 1929 e seus desdobramentos sociais e políticos. Os países do capitalismo central voltaram a lutar por poder e por áreas de influência, com vistas à expansão do capital monopolista. Entretanto, não era uma luta apenas numa perspectiva econômica, mas também étnica e territorial. O conflito tomou dimensões tais, alastrando de forma avassaladora e trazendo consequências desastrosas para toda a humanidade, gerando, inevitavelmente, grande desestruturação da economia mundial. A guerra terminou em 1945 com a total destruição das cidades japonesas de Nagasaki e Hiroshima, sobre as quais foram lançadas bombas atômicas pelos Estados Unidos da América. (DELGADO, 2015, p. 143)

³⁸Espanha e Portugal somente ingressaram nesta fase democrática, após o fim de seus regimes autoritários na década de 1970.

Assim, como explica Delgado (2015, p. 144), legitimou-se como modelo de Estado predominante nos países de capitalismo central o Estado Social de Direito, que teve entre os anos de 1945 a 1970 sua fase áurea, conhecida como a “era dos anos dourados”. E nessa nova ordem, o Estado passou a assumir políticas de planejamento e de assistência social, contribuindo para ampliar a dignidade não só dos trabalhadores, mas de toda pessoa humana. Especificamente na seara trabalhista foi implementada a política do pleno emprego, além da ampliação dos direitos de segunda geração – sociais, culturais e econômicos.

Nessa fase o movimento sindical expandiu-se sob vários matizes, com destaque para o sindicalismo de resultados, em que o mesmo não contestava politicamente o sistema capitalista, porém, os sindicatos atuavam buscando alcançar resultados favoráveis aos trabalhadores no terreno dos direitos sociais e das condições de trabalho.

Explica o professor Márcio Túlio Viana (1995, p. 884) que o Direito do Trabalho passou a ser considerado progressista, irrenunciável, irreversível e sempre arrancando novas concessões do capital.

Foi nesse contexto, segundo Gabriela Delgado (2015, pág 144), com “o empregado envolto por uma redoma protetiva integrada por princípios, regras e institutos jurídicos específicos, essencialmente teleológicos ou finalísticos”, que surgiu o princípio da proteção, considerado o princípio cardeal do Direito do Trabalho, orientador e inspirador desse ramo especializado do direito, sobre o qual se fará referência no tópico 3.1.

2.3.4 Estado Neoliberal – o surgimento do neoliberalismo a partir da crise dos anos 70 e suas consequências no mundo do trabalho

Inobstante a economia capitalista ocidental estar vivendo o seu “ciclo de ouro”, o capitalismo entrou em crise a partir da década de 1970, atingindo enormemente não só os países centrais, mas, também, os chamados países emergentes.

Vários são os elementos tidos como propulsores da crise que, por não ser objeto deste trabalho, o mesmo se limitará apenas a registrar que tal situação provocou profundas mudanças no sistema capitalista e, conseqüentemente, na seara trabalhista, principalmente no que se refere à elevação da taxa de desemprego estrutural e à precarização do trabalho.

Ao mesmo tempo, e até mesmo em resposta à instabilidade instalada, países de capitalismo avançado passaram a adotar práticas neoliberais³⁹, o que fez gerar rapidamente

³⁹ Na Inglaterra, Margaret Thatcher implantou o neoliberalismo a partir de 1979. Posteriormente, Ronald Reagan, recém eleito presidente dos Estados Unidos, em 1980, também empenha-se em promover programa

em grande parte do mundo o pensamento único neoliberal no qual o Estado retoma os antigos ideais do liberalismo clássico, porém de forma não apenas omissa, mas também agressiva.

Enfim, como relata Gabriela Delgado (2015, p. 149), “quase todos os países da Europa Ocidental passaram a sustentar estratégias políticas desreguladoras e de gestão individualista, todas elas fundadas na orientação neoliberal”. E acrescenta: “Já não era mais conveniente para a reprodução do capitalismo que o Estado investisse recursos na promoção de políticas públicas e no planejamento da economia. Nesse quadro, instaurou-se, com força ímpar, a crise do Estado Social de Direito”.

Nestas condições neoliberais, reestrutura-se o sistema capitalista e o predomínio da circulação de capital financeiro e dos investimentos especulativos, graças ao fenômeno da globalização, também conhecida como mundialização do capital.

Assim, diante do novo modelo, as empresas passaram a adotar o padrão *toyotista* de gestão, inaugurando novas práticas empresariais e de trabalho humano, com vistas a alcançar o máximo de rentabilidade, através de reengenharia do processo produtivo, que não mais se ocupava da produção em série e em massa típica do sistema *taylorista/fordista*.

O *toyotismo*, mediante a estratégia de descentralização do processo produtivo, provocou o surgimento de pequenas e médias empresas, criadas para completar o ciclo produtivo, executando as etapas periféricas não mais praticadas nas empresas de grande porte. O resultado da descentralização *toyotista* foi a maciça dispensa de empregados ocorrida nas grandes empresas, sendo que grande número destes não conseguem se realocar dentro do sistema produtivo, e outros são aproveitados nas empresas de pequeno e médio portes que emergem, porém, na sua maioria contratados precariamente – terceirizados ou contratados por prazo determinado e de forma intermitente.

Em recente obra o professor Márcio Túlio Viana (2018, p. 23) registra que, em detrimento da força de trabalho, desde os anos 1970-80, o capital vem se reestruturando “valendo-se da globalização, das empresas em rede, das terceirizações, da tecnologia, da ideologia, dos contratos precários, das relações heterogêneas, do *just in time* e de tantos ingredientes”. Ressalta o eminente professor que este contexto fragiliza a classe operária, abrindo caminho para reformas prejudiciais à classe trabalhadora. É exatamente o que se vive hoje no Brasil.

neoliberal. Helmut Kohl, em 1982, derrotou o regime social democrata de Helmut Schmidt e também implantou o neoliberalismo na Alemanha. Na Dinamarca, em 1983, surge o neoliberalismo no governo de Schluter. (DELGADO, p. 149)

Em decorrência das políticas neoliberais e de todo o conjunto citado pelo professor Márcio Túlio o governo implementou a Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), que tem como ponto central a prevalência do negociado sobre o legislado, insere no artigo 611-A da CLT.

A questão é tormentosa, uma vez que a Lei 13.467/2017 permite, através de negociação coletiva, a retirada de direitos sociais conquistados ao longo da história, quando se sabe que esta tem como função precípua a melhoria das condições de vida dos trabalhadores.

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Não obstante a indiscutível importância dos princípios na ciência do Direito e, neste caso, de todos os princípios do Direito do Trabalho, somente serão analisados no presente capítulo, por guardarem intrínseca relação com o objeto deste estudo, os princípios da proteção e da norma mais favorável, específicos do Direito Individual do Trabalho, bem como o princípio da adequação setorial negociada, próprio do Direito Coletivo do Trabalho; e o princípio da vedação do retrocesso social que, na lição de Godinho (2017, p. 97), faz parte do grupo dos Princípios Constitucionais do Trabalho.

3.1 Princípio da Proteção

Assim expressa Maurício Godinho (2016, p. 201) sobre o princípio da proteção:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Completa o autor afirmando que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

No mesmo sentido, parte importante da doutrina aponta o princípio da proteção como o princípio cardinal do Direito do Trabalho, uma vez que ele influi em toda a estrutura e características próprias desse ramo do Direito.

Na dicção de Renato Saraiva (2012, p. 32) “o princípio da proteção, em verdade, insere-se na estrutura do Direito do Trabalho como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, possibilitando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores e permitindo o bem-estar social dos obreiros”.

Em resumo, o princípio da proteção é o de maior amplitude e importância no Direito do Trabalho, dele irradiando outros princípios norteadores deste direito⁴⁰.

3.2 Princípio da norma mais favorável

Este princípio informa que deve ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador, independentemente de sua posição na pirâmide hierárquica.

Informa Maurício Godinho (2016, p. 202) que a visão mais ampla deste princípio entende que ele atua em tríplice dimensão: informativa (orientador da atuação legislativa quando da elaboração da regra); hierarquizante (orientador do processo de hierarquização de normas quando do confronto entre regras concorrentes); e interpretativa (orientador do processo de revelação do sentido quando da interpretação de regras jurídicas).

Ainda, segundo Godinho (2017, p. 121), o princípio da norma mais favorável encontra-se assumidamente manifesto na CRFB/88, em dois dispositivos relevantes:

a) no *caput* do art. 7º: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social” (grifos acrescentados). Neste caso, a CRFB/88 valoriza o princípio da norma mais favorável, dispondo que os trinta e quatro incisos do artigo que especificam os direitos sociais e trabalhistas declaram apenas um piso normativo, podendo inequivocamente ser superados por outras regras infraconstitucionais que objetivam a melhoria da condição social dos trabalhadores. É, sem dúvida, a Constituição afirmando o princípio da norma mais favorável no Direito do Trabalho no Brasil.

b) no artigo 5º, § 2º, quando a CRFB/88 estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (grifos acrescentados). Neste caso, o princípio está claramente exposto, uma vez que o regime adotado pela CRFB/88 é o do Estado Democrático de Direito, que põe no vértice da pirâmide jurídica a pessoa humana e sua dignidade e ordena que a sociedade civil seja democrática e inclusiva e, por outro lado, determina que sejam cumpridas as garantias constantes nas Convenções, incluídas as da OIT, às quais estabelecem um piso civilizatório mínimo na seara justrabalhista.

Desta forma, resta incontroverso que no Direito do Trabalho deverá prevalecer a

⁴⁰ Vários grandes doutrinadores, a exemplo de Américo Plá Rodrigues e Sérgio Pinto Martins, dentre outros, entendem que o princípio protetivo desmembra-se em outros três: o princípio da norma mais favorável, *indubioprooperarioe* o da condição mais favorável. Porém, na concepção de Maurício Godinho (2016, p. 202), pela sua importância, o princípio da proteção se desdobra não apenas nas três dimensões citadas, mas abrange quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho.

norma mais favorável ao trabalhador quando mais de uma norma regular determinada matéria nesta área.

3.3 Princípio da adequação setorial negociada

Trata-se de um princípio do Direito Coletivo do Trabalho, do grupo dos princípios regentes das relações entre normas coletivas negociadas e normas estatais, que cuida das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva, ou seja, estabelece em que medida as normas oriundas das negociações coletivas podem contrapor às normas estatais existentes.

De acordo com Maurício Godinho (2016, p. 1465), o princípio em tela autoriza que as normas juscoletivas podem prevalecer sobre as normas heterônomas estatais em duas situações:

a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão oriundo da legislação heterônoma, ou seja, quando as normas autônomas elevam o patamar setorial de direitos trabalhistas em relação ao padrão estatal existente;

b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas de indisponibilidade relativa. Neste caso, observe que não pode haver renúncia, somente transação, nem tampouco pode se tratar de parcelas de indisponibilidade absoluta, somente relativa, uma vez que é preciso assegurar um patamar civilizatório mínimo que uma sociedade democrática exige para que não ocorra afronta à dignidade da pessoa humana nem da valorização do trabalho, apregoadas nas constituições sociais.

Registra-se que, na lição de Maurício Godinho (2016, p. 1467), no Brasil, o patamar civilizatório mínimo se encontra nas normas justralhistas heterônomas expressas na CRFB/88, nas normas de tratados e convenções internacionais em vigor internamente no país e nas normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo obreiro.

Assim, o princípio da adequação setorial negociada estabelece os limites impostos aos entes coletivos com vistas à produção de diplomas negociais que assegurem o patamar civilizatório mínimo, sem causar prejuízo ao trabalhador, sob pena de invalidade jurídica dos diplomas negociais resultantes das negociações.

3.4 Princípio da vedação do retrocesso social

Segundo Maurício Godinho (2017, p. 97) o princípio da vedação do retrocesso social trata-se de uma diretriz constitucional sustentadora de que a ordem jurídica não pode criar ou

ratificar normas e institutos que provoquem a concretização ou instiguem a piora ou degradação do patamar civilizatório mínimo, atingido em certo momento histórico pelas condições sociais caracterizadoras de certa sociedade e Estado.

Continua Godinho afirmando que este princípio, de grande amplitude, teve sua origem no Direito Internacional do Trabalho, sob dois fundamentos: o caráter de direitos humanos dos direitos individuais e sociais trabalhistas e a própria estrutura conceitual e o sentido lógico e teleológico da Organização Internacional do Trabalho.

Ainda, segundo Maurício Godinho (2017, p. 99), no plano constitucional brasileiro o princípio da vedação do retrocesso somente despontou a partir da CRFB/88, de forma implícita a diversas diretrizes constitucionais convergentes e integrantes do núcleo de princípios que compõem o preâmbulo, o Título I (Dos Princípios Fundamentais) e Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Carta Magna, a saber: o princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, do bem estar individual e social, da justiça social, da subordinação da propriedade à sua função socioambiental.

Em resumo, o princípio da vedação do retrocesso social informa que não poderá haver retrocesso, ou seja, abolição ou redução de direitos sociais já alcançados, obrigando a preservação de tais direitos de forma a satisfazer um patamar mínimo civilizatório.

No campo justralhista significa que os direitos alcançados jamais poderão ser alterados em prejuízo do trabalhador, sendo que tais modificações somente poderão ocorrer em favor destes.

4. NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

Sendo o cerne deste trabalho a questão da prevalência do negociado sobre o legislado e devido à grande importância da negociação coletiva nos sistemas democráticos, nos quais figura a negociação como a principal forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho, dedica-se o presente capítulo a este tema.

4.1 Origem da negociação coletiva

De acordo com Amauri Mascaro (2014, p. 399), a origem das negociações coletivas é atribuída à fase na qual o Estado Liberal, omissos às questões sociais, fez com que os

trabalhadores iniciassem um movimento estruturado sobre a forma de organização sindical⁴¹ para reivindicar melhorias trabalhistas e sociais.

Assim, iniciou-se naquele contexto o processo de formação da autonomia coletiva dos particulares no âmbito trabalhista que, mais tarde, propiciou a formação de uma ordem jurídica não estatal resultante das negociações coletivas realizadas, necessariamente, com a participação de sindicatos de trabalhadores.

Importante esclarecer que, dentre as várias funções dos sindicatos, a que mais se destaca e que interessa a este trabalho é a função negocial, que para Martins (2016, p. 1098) é a função que se observa na prática das convenções e acordos coletivos de trabalho, traduzindo-se na participação dos sindicatos nas negociações coletivas que irão resultar na concretização de normas coletivas a serem aplicadas a determinada categoria profissional.

Lembra, ainda, Martins, que a Constituição pátria prestigia a função negocial do sindicato quando reconhece expressamente, no seu artigo 7º, XXVI, as convenções e acordos coletivos de trabalho, além de autorizar a flexibilização de certos direitos somente por negociação coletiva (art. 7º, VI, XIII, XIV).

Entretanto, é de fundamental valor pontuar que as referidas flexibilizações somente poderão ser efetivadas em caráter excepcional, observando necessariamente a estrutura protetiva do Direito do Trabalho, bem como os princípios inerentes a esta, sobretudo o princípio da adequação setorial negociada e o princípio da vedação do retrocesso social, citados nos tópicos 3.3 e 3.4, respectivamente.

4.2 Definição da importância da negociação coletiva

Para definir negociação coletiva, vale-se aqui da Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho⁴²:

⁴¹ Importante lembrar que o sindicalismo nasceu na Inglaterra, sendo que os mais antigos sindicatos eram formados por pequenos clubes locais e atuavam na clandestinidade. A Lei *Le Chapelier* aprovada em 1791, na França, em defesa da iniciativa privada, tendo sua ideia irradiada pelo mundo afora, proibia a formação de sindicatos, as greves e qualquer manifestação de trabalhadores, aplicando aos sindicalistas sanções criminais que iam desde condenações pecuniárias até a pena de morte. Em 1824 foi aprovado na Inglaterra projeto dando existência legal aos sindicatos, porém, a medida foi revogada no ano seguinte devido às constantes greves. Entretanto, o movimento foi se consolidando e, em 1871, os sindicatos foram oficialmente reconhecidos na Inglaterra, quando foi promulgada a Lei dos Sindicatos. Em seguida, no ano de 1884, também foram reconhecidos na França com a consequente revogação da Lei *Le Chapelier*.

⁴² A Convenção nº 154 da OIT trata do Fomento à Negociação Coletiva. Foi aprovada na 67ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1981) e entrou em vigor no plano internacional em 11.08.1983. Foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12/05/1992 do Congresso Nacional e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 1256, de 29/09/1994. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>> em 03/03/2018, às 11:13 horas

Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou

b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou

c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez.

Nas palavras de Sérgio Pinto Martins (2016, p. 1166) “a negociação coletiva é uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam os diferentes entendimentos existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições”. Assim, as partes acabam conciliando seus interesses e resolvendo os conflitos entre patrões e empregados, através dos diplomas resultantes da negociação coletiva.

Nesta perspectiva, é importante registrar que no Direito do Trabalho, além das normas elaboradas pelo Estado, aplica-se também o direito positivo do trabalho advindo da autonomia coletiva que, através dos sindicatos, resulta em norma jurídica.

Sobre esta matéria, magistralmente ensina Amauri Mascaro (2014, p. 401):

Assim, o direito do trabalho contemporâneo, entre suas múltiplas fontes, tem na autonomia coletiva dos particulares umas das mais valiosas construções, ainda inacabada, situando-se acima da autonomia individual que caracterizou o liberalismo da Revolução Francesa de 1789, da qual se afasta e na qual interfere para limitá-la, e abaixo da vontade geral representada pelo Estado, perante a qual se afirma sem se deixar absorver.

Ainda, segundo o ilustre Maurício Godinho (2016, p. 1514), a negociação coletiva é um dos mais importantes métodos de solução de conflitos existentes na sociedade contemporânea, enquadrando-se no grupo da autocomposição⁴³. Sem dúvida, a negociação coletiva é o mais destacado no tocante a conflitos trabalhistas de natureza coletiva.

⁴³ Os métodos de solução de conflitos interindividuais e sociais hoje conhecidos classificam em três grandes grupos: autotutela, heterocomposição e autocomposição. Na autotutela, o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o à parte contestante e à própria comunidade que o cerca, permitindo, desta forma, o exercício de coerção por um particular em defesa de seus interesses. A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa sendo, em decorrência, a solução da controvérsia firmada por este ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida. São modalidades de heterocomposição a jurisdição, a arbitragem, a conciliação e, de certo modo, também a mediação. Ressalta-se que o enquadramento destas quatro figuras jurídicas no grupo de métodos heterocompositivos não é consenso na doutrina, havendo entendimentos de que a conciliação e a mediação seriam meios autocompositivos, reservando-se à heterocomposição apenas a jurisdição e a arbitragem. A autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. A autocomposição é verificada de três maneiras significativamente

Destaca Godinho (2016, p. 1515):

A negociação coletiva enquadra-se, como citado, no grupo das fórmulas autocompositivas. Contudo, é fórmula compositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social. Por isso não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir-se, essencialmente, à transação (por isso fala-se em transação coletiva negociada).

Godinho (2016, p. 1516) ainda destaca que a negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho. Para ele, a atuante e diversificada negociação coletiva trabalhista influenciou, inclusive, na formação democrática dos Estados.

4.3 Diplomas resultantes da negociação coletiva

O sucesso da negociação coletiva tem como resultado a produção de diplomas negociais coletivos, normas juslaborais autônomas que, juntamente e de forma harmônica com as normas heterônomas estatais e os princípios, irão reger as relações de trabalho.

Sérgio Pinto (2016, p. 1167) explica que as negociações coletivas são procedimentos que buscam superar as divergências entre as partes, dos quais resultará na produção de normas coletivas materializadas em convenções ou acordos coletivos de trabalho. Assim, restando frustrada a negociação coletiva não haverá a produção das normas justralhistas autônomas.

Na verdade, da negociação podem surgir três diplomas: a convenção, o acordo e contrato coletivo de trabalho, sendo que este último não foi institucionalizado em nosso país, razão pela qual, serão tratados neste trabalho apenas os dois primeiros, ou seja, o acordo coletivo de trabalho – ACT e a convenção coletiva de trabalho - CCT.

4.3.1 Convenção Coletiva de Trabalho

A convenção coletiva de trabalho assim está definida no artigo 611 da CLT (2017, p. 401):

Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

distintas: de um lado, o despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada (renúncia); de outro lado, a aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra (aceitação, resignação ou submissão). Por fim, a autocomposição também ocorre através da concessão recíproca efetuada pelas partes (transação). (DELGADO, 2016, p. 1515)

Tem-se, assim, que a convenção coletiva de trabalho é um acordo entabulado entre a categoria obreira e a categoria econômica, envolvendo na negociação, necessariamente, sindicatos das duas categorias.

Trata-se, portanto, na sua essência de uma regra jurídica válida, de origem privada, formalmente criada por sujeitos coletivos sindicais.

4.3.2 Acordo Coletivo de Trabalho

Sobre o acordo coletivo, assim expressa a CLT, em seu art. 611, § 1º (2017, p. 401):

É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

Maurício Godinho (2016, p. 1522), a partir do texto acima transcrito, assim define acordo coletivo de trabalho:

Pacto de caráter normativo pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho.

Outrora controvertida a desnecessidade do sindicato patronal na pactuação do acordo coletivo (art. 611, § 1º, da CLT), hoje encontra-se pacificada esta questão. Godinho (2016, p. 1522), explica que a CRFB/88 ao considerar obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º, VI) referiu-se apenas aos sindicatos de trabalhadores, uma vez que a empresa, por sua própria natureza, já é um ser coletivo. Assim, a partir da vigência da CRFB/88 não mais houve a invalidação deste instituto.

Vencida esta questão, observa-se que os acordos coletivos diferenciam-se das convenções coletivas, porquanto estas são pactuadas entre sindicatos e aqueles entre sindicatos de obreiros e empresas, portanto, em âmbito mais restrito, com efeitos aplicáveis à empresa ou empresas e os trabalhadores envolvidos.

Do ponto de vista substantivo os acordos coletivos são iguais às convenções coletivas, gerando, tal qual estas, normas jurídicas inquestionáveis. Na perspectiva formal também se assemelham às convenções por representar acordo de vontades, embora guardem especificidades em relação aos sujeitos contratantes e abrangência.

Verifica-se, pois, que a CCT é pactuada entre entidades sindicais representativas de empregados e de empregadores, abrangendo, portanto, todas as empresas e respectivos

empregados em determinada categoria. Por outro lado, no ACT, a presença sindical somente é obrigatória ao sindicato representativo dos trabalhadores, portanto, com abrangência mais restrita, atingindo apenas os empregados da empresa ou das empresas que subscreveram o referido diploma.

Assim, o ACT não obriga empresas não pactuantes e nem atinge seus empregados, ainda que da mesma categoria econômica e profissional.

4.4 Efeitos Jurídicos dos diplomas negociais coletivos

Sobre os efeitos jurídicos provocados pela convenção coletiva de trabalho e pelo acordo coletivo de trabalho, explica Maurício Godinho (2016, p. 1535):

Os diplomas negociais coletivos produzem efeitos jurídicos em duas esferas de sujeitos de direito: “as partes convenientes (que sofrem as repercussões diretas das cláusulas obrigacionais) e as bases profissionais e econômicas respectivamente representadas na dinâmica negocial (que recebem as repercussões diretas dos dispositivos normativos elaborados)”.

Desta forma, observa-se que os dispositivos obrigacionais (cláusulas contratuais) neles inseridos têm apenas efeitos inter partes. Lado outro, os preceitos normativos (regras jurídicas) produzem efeitos *erga omnes*, obviamente, respeitadas a respectiva representação e base territorial.

Apresenta Godinho (2016, p. 1536) três pontos importantes relativos aos efeitos jurídicos das normas coletivas negociadas que devem ser explicitados, mesmo que resumidamente: a hierarquia entre regras autônomas e heterônomas estatais; a hierarquia entre as regras da convenção coletiva e do acordo coletivo; e as relações entre as regras coletivas negociadas e sua aderência ou não nos contratos de trabalho.

a) Hierarquia entre regras coletivas negociadas e regras estatais: No ramo justrabalhista inexistente a hierarquia de diplomas normativos, mas sim a hierarquia entre regras jurídicas heterônomas e autônomas, sendo que o critério informador da pirâmide hierárquica no Direito do Trabalho é distinto do critério rígido e inflexível do Direito Comum. Neste aplica-se a pirâmide de Kelsen, já naquele prevalece o princípio da norma mais favorável.

b) Hierarquia entre regras do CCT e da ACT: O acordo coletivo advém de negociação coletiva no âmbito estritamente empresarial, o que reduz a força coletiva dos trabalhadores. Maurício Godinho (2016, p. 1541) Lembra que “o sindicalismo de empresa é considerado uma via de submissão sindical à força do polo empregador”, uma vez que neste caso os trabalhadores agem simplesmente como mera comunidade específica de empregados e

não como uma categoria profissional. Já a convenção coletiva é um diploma negocial mais amplo, contendo maiores garantias aos obreiros.

Registra-se que atual redação dada pela Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/2017) ao art. 620 da CLT dá prevalência ao ACT sobre a CCT. Tal inversão ocorrida na norma citada tem sua constitucionalidade questionada, pois, uma vez que se o acordo “sempre” prevalecer sobre a convenção, independentemente desta ser mais vantajosa, viola o princípio da norma mais favorável, princípio direcionador do caráter teleológico do Direito do Trabalho.

c) A aderência das regras coletivas ao contrato de trabalho: Existem três teorias⁴⁴ para interpretar do ponto de vista temporal a aderência das regras contidas nos diplomas negociais coletivos aos contratos de trabalhos: aderência irrestrita; aderência limitada pelo prazo; e aderência limitada por revogação.

A aderência limitada por revogação (ultratividade relativa) era aplicada na seara trabalhista brasileira desde 2012, quando foi alterada a redação da súmula 277 do TST. Entretanto, a partir da Reforma Trabalhista que entrou em vigor no dia 11/11/2017 (Lei n.º 13.467/2017), o legislador reformista sacramentou a aderência limitada pelo prazo (sem ultratividade), o que tende a desestimular a negociação coletiva, sendo que para o empregador o silêncio é mais benéfico, o que poderá criar um hiato legal altamente nocivo ao trabalhador, podendo ocorrer a supressão de direitos, violando, assim, importantes princípios norteadores do Direito do Trabalho.

5. A PREVALÊNCIA DAS NORMAS AUTÔNOMAS COLETIVAS SOBRE AS NORMAS HETERÔNOMAS ESTATAIS

A alteração da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT implementada através da Lei n.º 13.467, de 13/07/2017, que, segundo o governo, veio para modernizar as relações de trabalho e o Direito do Trabalho no Brasil, tem como um dos seus pilares a prevalência do negociado sobre o legislado.

⁴⁴ Três Teorias (DELGADO, 2016, p. 1542)

a) aderência irrestrita ou ultratividade plena: essa teoria sustenta que as regras contidas nos acordos e convenções coletivas ingressam nos contratos individuais de trabalho para sempre, não podendo mais deles serem suprimidas;

b) aderência limitada pelo prazo ou sem ultratividade: considera que os dispositivos dos acordos e convenções coletivas vigoram no prazo assinado, aderindo aos contratos individuais somente até o término da vigência do ACT ou CCT.

c) aderência limitada por revogação ou ultratividade relativa: trata-se de uma posição intermediária em que as regras estabelecidas nos diplomas negociados vigoram até que novo diploma negocial coletivo as revogue de forma expressa ou tácita.

Antes, porém, de adentrar nesta questão, importante informar as significativas modificações trazidas pela CRFB/88 na seara trabalhista e social, o que se faz no tópico seguinte.

5.1 O trabalho e o Direito do Trabalho a partir da Constituição de 1.988

Em todo processo evolutivo do Direito do Trabalho no Brasil⁴⁵, o maior ganho social na esfera trabalhista se deu com o advento da CRFB/88, a qual buscou implantar no país um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

José Afonso da Silva (2012, p. 41) ao comentar o inciso IV, do artigo 1º da CRFB/88, explica que o trabalho constante na Carta Magna é o trabalho como valor social.

[...] o trabalho cuja valorização constitui fundamento da ordem econômica (art. 170), cujo primado é base da ordem social (art. 193) e que merece a proteção constitucional como matéria-prima dos direitos sociais (art. 6º e 7º). Os valores sociais do trabalho estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna.

É de se lembrar que, por ocasião da construção da CRFB/88, o mundo ocidental estava em profunda transformação, experimentando as mudanças advindas da ideologia neoliberal que apontava para desarticulação de todo o ramo jurídico trabalhista, com o advento de grandes flexibilizações normativas e desregulamentação.

⁴⁵EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL - O Brasil até o final do século XIX tinha sua economia fundamentalmente agrícola, cujo sistema econômico era, até então, construído em torno da força de trabalho escravista. De acordo com Maurício Godinho (DELGADO, pág. 111), o primeiro período significativo na evolução do Direito do Trabalho inicia-se após a abolição da escravatura, em 1.888, e se estende até 1.930. Nessa temporada ocorreram manifestações incipientes ou esparsas protagonizadas por operários, ainda sem a devida capacidade de organização e pressão em prol de seus direitos sociais e trabalhistas. Por outro lado a atuação legislativa neste sentido era também bastante tímida, uma vez que preponderava a concepção liberal clássica não intervencionista. Nova fase inicia-se no ano de 1930, com a derrocada da hegemonia exclusivista do setor cafeeiro, ocasião em que surge um Estado intervencionista estendendo sua atuação à área social. Ocorria, então, a institucionalização do Direito do Trabalho. Nesta fase o Estado Brasileiro, ao mesmo tempo em que maciçamente repreendia os movimentos operários, cuidava de organizar um sistema justralhista, porém, estreitamente por ele controlado. Dentro deste período, em 1.943, o modelo justralhista estruturado reuniu-se em um único diploma normativo, era o nascimento da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, através do Decreto-lei n.º 5.452 de 01/05/1943. Godinho (DELGADO, pág. 114) informa que nessa fase firma-se uma estrutura jurídica e institucional de novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista (1.945), porém, mantendo seus plenos efeitos até a promulgação da Constituição de 1.988, ocasião em que inicia nova fase do Direito do Trabalho Brasileiro, com as mudanças trazidas pela nova Carta Constitucional, que elevou os direitos trabalhistas à categoria de direitos fundamentais, como pressuposto do Estado Democrático de Direito.

Neste cenário, o legislador constituinte deslocou os direitos sociais trabalhistas do capítulo da ordem econômica e social⁴⁶ da Constituição anterior para o Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), da CRFB/88, o que fez com que os direitos trabalhistas fossem alçados à condição de direitos fundamentais (cláusulas pétreas), colocando-os a salvo de qualquer ação desregulamentadora, além de estabelecer um patamar mínimo civilizatório.

Certo é que na sociedade atual é extremamente necessário proteger o trabalho e o Direito do Trabalho como forma de possibilitar ao trabalhador condições de vida digna, sob pena de não o fazendo, expô-lo a grande retrocesso social não admitido em um Estado Democrático de Direito que tem seu fundamento maior na dignidade da pessoa humana.

5.2 A reforma trabalhista e a prevalência do negociado sobre o legislado

A Lei n.º 13.467/2017 tem causado enorme insegurança jurídica, uma vez que questionável a constitucionalidade de vários de seus dispositivos.

Com relação à prevalência do negociado sobre o legislado muito se tem debatido, tanto no meio jurídico como no meio acadêmico, sobre a possibilidade da efetivação de tal preceito normativo, uma vez que a lei parece desprezar princípios basilares do Direito do Trabalho, bem como promover a possibilidade de retrocesso social, com grandes perdas de direitos sociais conquistados.

A justificação do Projeto de Lei n.º 6.787/2016, do Poder Executivo (Reforma Trabalhista), informa que, dentre outros, o projeto tem o objetivo de aprimorar as relações de trabalho por meio da valorização da negociação coletiva⁴⁷.

Por sua vez, a Comissão Especial da Câmara de Deputados constituída para emitir parecer sobre o referido projeto apresentou substitutivo, assim afirmando (2017, p. 20):

O substitutivo apresentado não está focado na supressão de direitos, mas sim em proporcionar uma legislação mais moderna, que busque soluções inteligentes para

⁴⁶ Desde a Constituição de 1934, os direitos dos trabalhadores estavam inseridos nas normas relacionadas à ordem econômica e social ou apenas à ordem econômica (Constituição de 1937). Somente na CRFB/88 é que tais direitos foram alçados à categoria de direitos fundamentais, como pressuposto do Estado Democrático de Direito.

⁴⁷ O projeto em análise tem por objetivo “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário”.

(http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=Tramitacao-PL+6787/2016 - 02/06/2018, 09:46 horas)

novas modalidades de contratação, que aumente a segurança jurídica de todas as partes da relação de emprego, enfim, que adapte a CLT às modernizações verificadas no mundo nesses mais de 70 anos que separam o nascimento da CLT deste momento.

Em seu voto, o relator Deputado Rogério Marinho (2017, p. 25) informa que o substitutivo propõe que haja um fortalecimento da negociação coletiva, conferindo maior eficácia às cláusulas que forem acordadas entre as partes.

Mas, o que na visão do Poder Executivo e do relator trata de segurança jurídica e modernização inteligente das relações de trabalho e do Direito do Trabalho; no meio jurídico e acadêmico não passa de desregulamentação e flexibilização nociva ao trabalhador.

Rosemary de Oliveira Pires e Arnaldo Barbosa (2018, p. 45), por exemplo, pontuam que o art. 611-A da CLT, “de uma só vez, afasta a legislação protetora, dada a regra de prevalência ali estabelecida no *caput*, e reduz a interferência do juiz na análise da legalidade do negócio coletivo firmado, por seu § 1º combinado com o art. 8º, §3º [da CLT]”.

Antônio Humberto de Souza Júnior (2017, p. 277) lembra que “o § 2º do art. 114 da CF aponta que, ao julgar o dissídio coletivo de natureza econômica, a justiça do trabalho deverá respeitar as disposições legais mínimas de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. É mais um dispositivo constitucional que veda a flexibilização de direitos assegurados em lei, não podendo haver alterações lesivas ao trabalhador.

Outro ponto que merece atenção e é posicionamento majoritário na doutrina trabalhista é a facultatividade da Contribuição Sindical, o que praticamente a extingue. Ocorre que esta “extinção” instantânea enfraquece sobremaneira os sindicatos, justamente no momento em que teriam de estar mais fortes para lograr êxito nas negociações coletivas, já que o negociado deverá prevalecer sobre o legislado.

O art. 611-A da CLT, com redação dada pela referida lei, dispõe que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho prevalecerão sobre a lei quando dispuser, entre outros, sobre determinados itens nele elencados. Por sua vez, o art. 611-B veda a introdução em acordos e convenções coletivas de cláusulas que suprimem ou reduzem alguns direitos nele relacionados.

A literalidade dos artigos mencionados leva à interpretação de que, excepcionando os poucos direitos dispostos no art. 611-B da CLT, todos os demais direitos dos trabalhadores poderão sofrer redução ou serem eliminados através de negociação coletiva, o que destoa completamente do objetivo desta, que é promover melhorias para a classe trabalhadora.

A prevalência do negociado sobre o legislado acarretando perdas ao trabalhador é extremamente questionada, uma vez que a negociação coletiva tem como papel buscar algo melhor para o trabalhador do que o já existente. Algumas exceções poderão ocorrer, desde que norteadas e regidas pelo princípio da adequação setorial negociada.

Por outro lado, o art. 7º da CRFB/88, em seu *caput* e no inciso XXVI, consagra e reconhece, respectivamente, o princípio da norma mais favorável e aquilo que é pactuado coletivamente:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (grifado)

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho

Observe também que os dispositivos acima descritos, positivam o princípio da vedação do retrocesso social, uma vez que está inserido no capítulo dos Direitos Fundamentais sociais, direcionando a atividade legislativa do Estado e a função negocial dos sindicatos à promoção de melhorias ao trabalhador.

Como é cediço, a democrática e inclusiva CRFB/88 prestigia e estimula a negociação coletiva em vários de seus dispositivos, retirando do limbo e inércia factuais a dinâmica deste instrumento de solução de conflitos coletivos, no âmbito das relações trabalhistas. Entretanto, surge, em detrimento dos princípios regentes do Direito do Trabalho, mais especificamente dos estudados no capítulo terceiro deste trabalho, a ideia de que a negociação coletiva poderá ser usada como instrumento permissivo de precarização das relações de trabalho e das condições de vida dos trabalhadores brasileiros.

É o que se apresenta na recente Reforma Trabalhista implementada no Brasil, através da Lei n.º 13.467/2017, que veio alterar a Consolidação das Leis do Trabalho em prejuízo do trabalhador brasileiro.

Nesta perspectiva, o Ministério Público do Trabalho, através da Nota Técnica n.º 08, de 26/06/2017, da lavra do eminente Procurador Geral do Trabalho, Ronaldo Curado Fleury, afirma que o art. 611-A é um instrumento de desregulamentação do trabalho, uma vez que consiste na imposição de prevalência das normas negociais sobre as normas constitucionais e legais de proteção ao trabalho em toda e qualquer situação, com exceção apenas dos direitos previstos no art. 611-B da CLT. (2017, p. 26)

A Nota Técnica n.º 08/MPT (2017, p. 27) assim relata sobre o art. 611-A da CLT:

A norma viola a **finalidade constitucional da negociação coletiva**, prevista como direito fundamental do trabalhador, no art. 7º, XXVI, da Constituição, **que consiste em garantir que, por meio desse instrumento, os trabalhadores coletivamente organizados em sindicatos possam conquistar “outros [direitos] que visem à melhoria de sua condição social”**, conforme expressamente previsto no *caput* do

dispositivo de direito fundamental. Norma fundada no princípio da justiça social (CF/1988, art. 3º, I e III, e 170, III e VIII), **sua interpretação exige coerência com a finalidade constitucional de promover a evolução do patamar de proteção social do trabalhador, o que contrasta com a tentativa legislativa de submeter a negociação coletiva à finalidade flexibilizadora** e redutora do patamar mínimo de proteção social do trabalhador.

Em reflexão bastante sensata, o Procurador Geral do Trabalho (2017, p. 28) assim analisa a negociação coletiva no contexto de direito fundamental:

Fere a razoabilidade admitir-se que o Constituinte de 1988 haja proclamado a negociação coletiva como direito fundamental do trabalhador (CF/88, art. 7º, XXVI), para colocá-lo a salvo de investidas legislativas contra a liberdade de negociação coletiva, e que, ao mesmo tempo, haja reduzido esse direito a instrumento de redução de eficácia dos demais direitos fundamentais previstos no mesmo dispositivo (salário, jornada, gratificações, FGTS, férias, adicionais, etc.). Tal interpretação conduziria a admitir-se direito fundamental dotado de mecanismo de autoflagelo, em negação à sua própria fundamentalidade, o que contradiz a racionalidade hermenêutica que se espera de toda a teoria de interpretação constitucional.

Por fim, a Nota Técnica (2017, p. 30) esclarece que, além da inconstitucionalidade, a norma afronta tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, referindo-se às Convenções 98 e 154 da OIT⁴⁸, ambas com inegável caráter de direitos humanos, na forma do art. 5º da Constituição.

Resta evidente, portanto, que também sob a perspectiva dos Sistema Internacional de Direitos Humanos, **a autorização de redução de direitos legais por meio de negociação coletiva não fortalece as tratativas entre trabalhadores e empregadores**. Ao contrário, enfraquece, esvazia e coloca em descrédito diante da sociedade e, especialmente, dos trabalhadores, a negociação coletiva como instrumento pacificador dos conflitos coletivos de trabalho.

Por sua vez, Maurício Godinho e Gabriela Delgado (2017, p. 254) anotam que:

O art. 611-A, da CLT, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/2017, promove alargamento extremado e desproporcional dos poderes da negociação coletiva trabalhista, em particular no que toca à sua nova prerrogativa de deteriorar as condições contratuais e ambientais de trabalho.

Explicam os autores que com a prevalência do negociado sobre o legislado, disposto no *caput*, do art. 611-A, a Lei n.º 13.467/2017 “autoriza a supressão ou atenuação, pela negociação coletiva trabalhista, de regras imperativas estatais incidentes sobre o contrato de trabalho, com evidente negligência à noção de centralidade da pessoa humana na ordem

⁴⁸As Convenções 98 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil, tratam, respectivamente, do direito de sindicalização e negociação coletiva (Convenção 98) e de fomento à negociação coletiva (Convenção 154). Segundo a OIT o objetivo geral destas convenções é promover a negociação coletiva sob a perspectiva de tratativas de condições de trabalho mais favoráveis que as fixadas em lei.

jurídica e na vida social”. Continuam dizendo que, mediante isso, a Reforma Trabalhista também inviabiliza a materialização do direito fundamental ao trabalho digno, uma vez que permite a flexibilização de direitos trabalhistas indisponíveis.

Ainda afirma Godinho e Gabriela (2017, p. 255) que a flexibilização trabalhista decorrente da Lei n.º 13.467/2017 é uma das marcas e sentidos dominantes na reforma, inviabilizando a materialização do potencial civilizatório da negociação coletiva de atuar como veículo de aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores e como mecanismo para elevação das condições de pactuação da força de trabalho no sistema capitalista. Desta forma, a norma imposta pela reforma desconsidera o princípio constitucional da norma mais favorável, inserido enfaticamente no *caput* do art. 7º da CRFB/88.

6. CONCLUSÃO

A prevalência do negociado sobre o legislado surgiu no ordenamento jurídico laboral brasileiro a partir da Reforma Trabalhista materializada pela Lei n.º 13.467/2017, em vigor desde o dia 11 de novembro de 2017, ao introduzir tal matéria especialmente no art. 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Um dos pilares da Reforma Trabalhista, a prevalência do negociado sobre o legislado tem provocado muitos e profundos debates no meio jurídico e acadêmico, uma vez que tal instituto procura desfigurar a negociação coletiva dando a ela poderes para reduzir e até mesmo abolir direitos trabalhistas, em total dissonância com o objetivo principal deste instituto, que é a pacificação dos conflitos entre empregados e empregadores e a constante busca de melhorias para a classe obreira.

Todavia, o Direito do Trabalho conta com um conjunto de princípios que forma uma verdadeira teia de proteção, sem a qual não justificaria a existência desse ramo jurídico especializado. Assim, promover a negociação coletiva em prejuízo do trabalhador é aniquilar o próprio Direito do Trabalho com sua estrutura principiológica protetiva e garantidora dos direitos trabalhistas.

Do mesmo modo, promover a negociação coletiva de forma a reduzir direitos sociais trabalhistas é negar o próprio Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos, dentre outros, estão assentados na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho. E nesta perspectiva de centralidade da pessoa humana é importante lembrar que a CRFB/88

elevou os direitos trabalhistas ao *status* de direitos fundamentais sociais, os quais não poderão sofrer retrocessos.

Desta forma, diante dos resultados obtidos com este estudo, tem-se que os textos normativos trazidos ao ordenamento jurídico pela Reforma Trabalhista deverão ser interpretados de forma a prestigiar a dignidade da pessoa humana e os princípios norteadores do Direito do Trabalho, sendo a aplicação da prevalência do negociado sobre o legislado condicionada à observância dos princípios da proteção, da aplicação da norma mais favorável, da adequação setorial negociada e da vedação do retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.

BRASIL. PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO. **Nota Técnica n.º 08, de 16/06/2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT)**. Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IPCHY69 Acesso em 01 de junho de 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015

Delgado, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo : LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo : LTr, 2016.

_____. **Princípios constitucionais do trabalho e princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 5. Ed. São Paulo :LTr, 2017.

JÚNIOR, Antônio Humberto de Souza. **Reforma trabalhista : análise comparativa e crítica da Lei n.º 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 32. Ed. São Paulo : Saraiva 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 29. Ed. São Paulo : Saraiva, 2014

PIRES, Rosemay de Oliveira; PIRES, Arnaldo Afonso Barbosa. **A prevalência do negociado sobre o legislado : algumas reflexões quanto à constitucionalidade do art. 611-A da CLT**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998

RELATÓRIO DA COMISSÃO ESPECIAL DESTINADA A PROFERIR PARECER AO PROJETO DE LEI N.º 6.787/2016, DO PODER EXECUTIVO. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961> Acesso em 02 de junho de 2018.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : Método, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

VIANA, Márcio Túlio. **Desregulamentar regulamentando**. Revista LTr, São Paulo, v. 59, n. 7, out. 1995.

_____. **Livrem-nos da livre negociação: aspectos subjetivos da reforma trabalhista**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

SEGURANÇA OCUPACIONAL: ANÁLISE DAS MUDANÇAS ESTRUTURAIS E COMPORTAMENTAIS DECORRENTES DA IMPLANTAÇÃO DA NORMA OHSAS 18001 EM UMA EMPRESA MULTINACIONAL DO SEGMENTO FLORESTAL.

OCCUPATIONAL SAFETY: ANALYSIS OF STRUCTURAL AND BEHAVIORAL CHANGES ARISING FROM THE IMPLEMENTATION OF THE OHSAS 18001 STANDARD IN A MULTINATIONAL FORESTRY SEGMENT.

Aulus Vinícius de Almeida Ferreira⁴⁹

Ana Carolina Fonseca Viana⁵⁰

RESUMO

A Norma OHSAS 18001 traz diretrizes para implantação de um sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional. Nessa linha, o objetivo do trabalho foi analisar as mudanças estruturais e comportamentais decorrentes da implantação e certificação da referida norma na empresa doravante denominada Beta. A coleta de dados se deu por meio da aplicação de questionários não estruturado. A análise do processo de implantação da certificação identificou que as principais mudanças ocorreram a partir da padronização das atividades, no comportamento dos empregados, sobretudo em relação à conscientização dos riscos e perigos inerentes ao trabalho e conseqüentemente na cultura da empresa. O principal impacto destas mudanças trouxe à tona a redução do número de acidentes no ambiente de trabalho, traduzido pelo cumprimento das exigências da norma, e pela melhoria contínua no processo da gestão da segurança e saúde ocupacional.

Palavras-chave: Segurança Ocupacional; Norma OHSAS 18001; Mudanças Estruturais e Comportamentais.

ABSTRACT

The OHSAS 18001 Standard provides guidelines for the implementation of an occupational health and safety management system. In this line, the objective of the work was to analyze the structural and behavioral changes resulting from the implementation and certification of the referred norm in the company hereinafter called Beta. Data collection was done through the application of unstructured questionnaires. The analysis of the process of implementation of the certification identified that the main changes occurred from the standardization of the

⁴⁹ Mestre em Administração pela Fundação Pedro Leopoldo. E-mail: aulusvinicius@gmail.com

⁵⁰ Bacharela em Administração pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.
E-mail: carolinafonseca44@gmail.com

activities, the behavior of the employees, especially in relation to the awareness of the risks and dangers inherent in the work and consequently in the culture of the company. The main impact of these changes has brought to the fore the reduction in the number of accidents in the work environment, translated by the fulfillment of the requirements of the standard, and by the continuous improvement in the process of occupational safety and health management.

Keywords: Occupational Safety; OHSAS 18001 standard; Structural and Behavioral Changes.

1. INTRODUÇÃO

A melhoria da qualidade organizacional é de suma importância para fundamentar a sustentação da competitividade das empresas no mercado. Os programas de melhoria devem oferecer condições às empresas de realizarem mudanças e se tornarem mais flexíveis frente às exigências do mercado (CHIAVENATO, 2010).

Porém, a variedade de decisões e ações que o gestor tem de tomar e realizar ante os compromissos para buscar a sobrevivência da empresa, faz com que o ambiente de trabalho e a manutenção da saúde que oferece aos trabalhadores sejam distanciados de suas atenções, e a não compreensão destes pontos leva a perdas maiores que os investimentos que poderiam ser feitos para adequar o ambiente de trabalho a padrões mínimos de qualidade e segurança (FILHO, 2009).

Sistemas de gestão são relevantes alternativas para contribuir na gestão dos negócios e para gerar vantagem competitiva, pois são desenvolvidos em um modelo de melhoria contínua, a partir da motivação do quadro de colaboradores, do controle de processos, da identificação de requisitos e atendimento das necessidades dos clientes (CALARGE & LIMA, 2001).

Para este estudo a ênfase recai sobre o SGSSO - Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional, com base na norma OHSAS 18001, que busca implantar política e objetivos para atender os requisitos legais e administrar os perigos e riscos que possam causar danos à saúde e segurança dos colaboradores.

Nesse sentido, o trabalho buscou investigar quais foram as principais mudanças organizacionais que ocorreram na empresa Beta, após a certificação na norma OHSAS 18001, bem como analisar o impacto destas mudanças no ambiente corporativo da empresa objeto de estudo.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Gestão Organizacional

Gestão Organizacional implica em administrar um negócio, uma empresa, uma organização, tendo como objetivo alcançar as metas e resultados positivos e rentáveis. A gestão tem como finalidade conduzir processos e pessoas, promover melhorias e criar um ambiente motivador e colaborativo, tendo como consequência a conquista dos resultados esperados (LACOMBE & HEILBORN, 2003).

O objetivo principal das empresas que sobrevivem em uma sociedade é contribuir para a satisfação das necessidades das pessoas. A preocupação primária da gestão deve ser a satisfação das necessidades das partes afetadas pela sua existência. Sendo assim, a primeira prioridade da empresa são seus consumidores, é vital que eles estejam satisfeitos por um longo tempo após a compra de seus produtos e/ou utilização de seus serviços (CAMPOS, 2004).

O segundo grupo de pessoas afetadas pela organização são seus colaboradores. Os esforços da empresa devem ser direcionados para remunerá-los bem, respeitando-os como seres humanos e dando-lhes a oportunidade de crescer como pessoas e profissionais. Este conceito deve se estender também aos empregados de empresas afiliadas e do sistema de distribuição (CAMPOS, 2004).

Ainda segundo o autor, o terceiro grupo de pessoas afetadas são os acionistas, a empresa deve ser lucrativa de forma a pagar dividendos aos acionistas e se expandir, criando novas oportunidades. E, por fim, é preciso ter um controle ambiental, evitando que a empresa polua o ambiente em que atua. Os vizinhos da empresa também devem ser respeitados.

Portanto, o objetivo principal de uma organização é sua sobrevivência por meio da satisfação das necessidades das pessoas. “O grande objetivo das organizações humanas é atender as necessidades do ser humano na sua luta pela sobrevivência na Terra” (CAMPOS, 2004, p. 2).

Na visão de Chiavenato (2010), a necessidade de fazer mudanças e aumentar a competitividade das empresas resultou no surgimento de diversas abordagens a fim de solucionar as crises. A qualidade representa a mais importante das armas competitivas de uma organização.

2.2.Gestão da Qualidade

A qualidade é definida como a capacidade de atender às necessidades do consumidor durante todo o tempo. A qualidade é o grau de excelência naquilo que se faz. (CHIAVENATO, 2010).

Para Chiavenato (2000), qualidade é o comprometimento da alta administração em inovar e melhorar continuamente a produtividade e a qualidade dos produtos e serviços na empresa.

O Controle da Qualidade, segundo Campos (2004), é regido pelos seguintes princípios básicos:

- Produzir e fornecer produtos e serviços que satisfaçam às necessidades dos consumidores;
- Garantir a sobrevivência da empresa através do lucro contínuo, quanto maior a qualidade, maior a produtividade;
- Identificar problemas e solucioná-los;
- Nunca permitir que os problemas se repitam pela mesma causa;
- Não permitir venda de produtos defeituosos, e;
- Respeitar os colaboradores como seres humanos e garantir a segurança de todos, empregados e usuários dos produtos. Mede-se a segurança por meio de índices tais como número de acidentes, índice de gravidade, etc.

Ainda segundo o autor, através do controle da qualidade, os objetivos da empresa podem ser atendidos, pois é um sistema gerencial que reconhece as necessidades das pessoas e estabelece padrões para atendê-las, visa manter estes padrões e melhorá-los, continuamente, a partir de uma visão estratégica e com abordagem humanística.

2.2.1 Qualidade de Vida no Trabalho

As organizações carecem de pessoas motivadas para alcançar produtividade e qualidade em alto nível, a competitividade organizacional está diretamente ligada à qualidade

de vida no trabalho. As empresas que investem em seus colaboradores investem diretamente em seus consumidores. A gestão da qualidade total depende da otimização do potencial humano. Pessoas motivadas e seguras participam e executam ativamente e isto depende de como as pessoas estão se sentindo no ambiente de trabalho (CHIAVENATO, 2004).

De acordo com Albuquerque e França (1998), os esforços empresariais devem conduzir à realização humana. A qualidade de vida dos colaboradores deve ser gerenciada junto com a qualidade. Qualidade só tem sentido e resultados quando gera qualidade de vida para as pessoas.

O tema qualidade de vida tem se tornado motivo de reflexão devido à busca de melhores condições de vida, não exclusivamente no âmbito social, mas especialmente dentro das empresas. Dessa forma, é necessário destacar a promoção da saúde e segurança, compreendendo inúmeros fatores que definem a qualidade de vida dos colaboradores para ganhos de produtividade focados numa visão empreendedora. Investir em projetos de promoção de saúde, segurança e qualidade de vida no trabalho promove notável economia, em termos de reduções de licenças-saúde, doenças ocupacionais e custos de assistência médica e, especialmente, ganhos de produtividade (POZO & TACHIZAWA, 2016).

De acordo com Ferreira (2012), qualidade de vida no trabalho e saúde e segurança ocupacional, são princípios fundamentais nas organizações. A qualidade de vida no trabalho propõe o bem-estar e desenvolvimento pessoal dos colaboradores e o exercício da cidadania organizacional nos ambientes de trabalho, que significa estar satisfeito com o local e com trabalho que realiza. A saúde e segurança ocupacional, por sua vez, faz referência às condições e fatores que afetam, ou poderiam afetar a segurança e a saúde dos colaboradores no ambiente de trabalho.

2.2.2 Segurança do Trabalho

A variedade de decisões e ações que atualmente o gestor tem de tomar e realizar ante os compromissos para buscar a sobrevivência da empresa, faz com que o ambiente de trabalho que oferece e a manutenção da saúde dos trabalhadores sejam distanciados de suas atenções, e a não compreensão destes pontos leva a perdas maiores que os investimentos que poderiam ser feitos para adequar o ambiente de trabalho a padrões mínimos de qualidade e segurança. Estratégias que visam o aumento da competitividade das empresas devem passar pela

integridade ambiental e saúde dos empregados, estes são os “bens” realmente importantes, que, se conservados levam a empresa adiante com sucesso (FILHO, 2009).

A segurança do Trabalho pode ser descrita como a ciência que, por meio de normas e recursos adequados, analisa os possíveis fatores de acidentes do trabalho, visando a prevenção do mesmo, cujo dever é auxiliar a empresa, buscando a preservação mental e integridade física dos colaboradores e o seguimento do processo produtivo (FILHO, 2009).

A segurança do trabalho tem como responsabilidade primordial a prevenção de acidentes e a eliminação de fatores que podem causar acidentes de trabalho. Através de ações seguras e reflexões sobre a existência de condições inseguras no ambiente de trabalho, uma das mais incisivas formas de prevenção é a conscientização dos trabalhadores para que protejam a própria vida e a dos demais (MARRAS, 2011).

Com as organizações priorizando a saúde e a segurança de seus empregados, novas estratégias vêm sendo desenvolvidas e resultados positivos na redução de acidentes de trabalho têm sido alcançados. Uma delas é o sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional, que tem como objetivo gerenciar os riscos provenientes do ambiente de trabalho e deve ser estruturado para atingir as metas a partir das diretrizes estabelecidas pela organização (SILVA, 2009).

2.3.Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional

Moraes (2008) assevera que “o Sistema de Gestão é a forma sistemática de conduzir políticas organizacionais mediante a aplicação de um conjunto de ações para se alcançar os objetivos e metas corporativas”. Um sistema é estruturado por vários subsistemas, que se esforçam de forma simultânea para responder a um propósito comum para qual o sistema foi instituído.

O autor defende ainda que os sistemas de gestão surgiram como forma de auxiliar a melhoria contínua das organizações, e contribuem com a formação de uma estrutura que auxilia o gerenciamento de uma área específica.

De acordo com a especificação OHSAS 18001 (2007), um sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional (SGSSO) é aquela parte do sistema de gestão global que facilita o gerenciamento dos riscos de saúde e segurança do trabalho associados aos negócios

da organização. Isto inclui a estrutura organizacional, as atividades de planejamento, as responsabilidades, práticas, procedimentos, processos e recursos para desenvolver, implementar, atingir, analisar criticamente e manter a política de saúde e segurança do trabalho da organização.

A implementação de um sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional é uma estratégia pró ativa para as organizações preocupadas em reduzir os seus níveis de acidentes e melhorar as condições de trabalho de seus colaboradores. Apenas com o simples atendimento dos requisitos legais, a organização demonstra uma postura reativa no que se refere à segurança. (CRUZ, 2013).

Segundo o autor, se busca com a implementação do SGSSO a prevenção de acidentes e incidentes nas operações, o aumento do conhecimento em relação à legislação pertinente, o estabelecimento de indicadores de melhoria relacionados à segurança e saúde dos colaboradores, integrar as responsabilidades de Higiene, Segurança e Saúde Ocupacional em todas as atividades da organização, redução dos custos decorrentes de afastamentos, acidentes, doenças ocupacionais e ações trabalhistas, reconhecimento da sociedade e colaboradores por atuação responsável e comprometida com o ser humano e aumento da motivação dos empregados e, conseqüentemente, aumento da produtividade e qualidade das operações.

Além de todas as vantagens apresentadas, a implementação do SGSSO proporciona a satisfação das partes interessadas. Com o crescimento do grau de exigência da sociedade para que as empresas enxerguem seus empregados como seres humanos sujeitos e propensos a riscos e falhas, uma organização que adota práticas de segurança e saúde ocupacional é percebida positivamente por seus *Stakeholders* (OHSAS, 2007).

2.3.1 Certificação do Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional e OHSAS 18001

A certificação de um sistema de gestão constitui-se na obtenção de um certificado que declara a conformidade do sistema numa organização. Para este fim, a organização contrata um organismo certificador que através de auditorias nos processos de trabalho atesta a conformidade e a adequação aos requisitos da norma de referência. O certificado fornecido à organização possui validade definida, ao término deste, acontece uma auditoria de

recertificação e emissão de um novo certificado, caso a empresa continue demonstrando conformidade com o modelo adotado (SZYSZKA, 2001).

De acordo com a norma (OHSAS, 2007), as organizações estão cada vez mais interessadas em demonstrar bons resultados em segurança e saúde no trabalho, por meio de controle de seus riscos. Assim, análises de saúde e segurança no trabalho são realizadas nas empresas com o intuito de avaliar seu desempenho nessa área. Portanto, estas análises podem não ser suficientes para que a organização garanta seu bom desempenho, para que sejam eficazes é necessário que os procedimentos sejam realizados dentro de um sistema de gestão estruturado.

Em resposta à demanda de clientes por uma norma reconhecida para sistemas de gestão de saúde e segurança ocupacional, foi desenvolvida, através do esforço combinado de diversos organismos de normalização, certificação e consultorias de diversos países, a OHSAS 18001, para que estes sistemas pudessem ser avaliados e certificados (OHSAS, 2007).

A tradução da OHSAS 18001 é Série de Avaliação de Saúde e Segurança Ocupacional, a norma foi desenvolvida para reconhecer os sistemas de gestão de saúde e segurança ocupacional e destina-se a ajudar as organizações a controlar os riscos de saúde e segurança no trabalho (OHSAS, 2007).

No prefácio, a norma indica que o objetivo de seu desenvolvimento é alinhar-se com a ISO 14001, que especifica os requisitos de um sistema de gestão ambiental e tornar-se mais compatível com a ISO 9001, a norma que certifica um sistema de gestão da qualidade, a fim de facilitar a integração voluntária desses sistemas com segurança e saúde ocupacional nas organizações (OHSAS, 2007).

O objetivo da norma é fornecer um sistema de gestão de saúde e segurança no trabalho eficaz à organização, com a finalidade de minimizar riscos de acidentes e doenças ocupacionais, e garantir a proteção de seus colaboradores. Podendo ser integrado a outros requisitos de gestão e auxiliar a organização a alcançar seus objetivos em segurança e saúde e também requisitos legais e econômicos. A norma pode ser aplicada em todos os tipos de organizações, mas para que haja sucesso, é essencial o comprometimento de todos os níveis e funções e especialmente da Alta Direção (OHSAS, 2007).

A norma é baseada na metodologia PDCA (Plan – Do – Check – Act, em tradução livre: Planejar – Fazer – Verificar – Agir), onde planejar significa estabelecer os objetivos e processos para atingir os resultados conforme a política de segurança da organização. Fazer é implementar os processos. Verificar requer monitorar e medir os processos em relação à

política, aos objetivos e aos requisitos legais e posteriormente, relatar os resultados e agir é executar ações para melhorar continuamente o desempenho em SST (OHSAS, 2007).

A estrutura e os requisitos da norma OHSAS 18001: 2007 são apresentados na FIG.

1.

FIGURA 1 – Estrutura da norma OHSAS 18001:2007

Introdução
1 Objetivo e campo de aplicação
2 Publicações de referência
3 Termos e definições
4 Requisitos do sistema de gestão da SST
4.1 Requisitos gerais
4.2 Política de SST
4.3 Planejamento
4.4 Implementação e operação
4.5 Verificação
4.6 Análise crítica pela direção
Anexo A – Correspondência entre a OHSAS 18001:2007, ISO 14001:2004 e ISO
Anexo B – Correspondência entre a OHSAS 18001, OHSAS 18002 e ILO-OSH:2001
Bibliografia

Fonte: OHSAS 18001:2007

No título 1 são fornecidas as orientações gerais para a aplicação da norma. O título 2 apresenta outras publicações que fornecem informações ou diretrizes para serem usadas como referência bibliográfica. O 3 descreve os conceitos dos termos e definições usados constantemente na norma. O título 4, se refere aos requisitos do sistema de gestão, ou seja, o que a organização deve estabelecer, documentar, implementar e melhorar no sistema de gestão. Neste contexto, os subtítulos 4.1 a 4.6 seguem dispostos da seguinte forma:

- 4.1 – Requisitos gerais:

A organização deve estabelecer, documentar, implementar, manter e melhorar continuamente um sistema de gestão de segurança e saúde no trabalho em conformidade com os requisitos da norma OHSAS, e determinar como ela irá atender a esses requisitos (OHSAS 18002:2007, p.17).

- 4.2 – A Política de SST deve ser definida e autorizada pela alta direção da organização e assegurar que a política:

- a) seja apropriada à natureza e escala dos riscos de SST da organização;
- b) inclua um comprometimento com a prevenção de lesões e doenças e com a melhoria contínua da gestão da SST e do desempenho da SST;
- c) inclua um comprometimento em atender, pelo menos, aos requisitos legais aplicáveis e a outros requisitos subscritos pela organização que se relacionem a seus perigos de SST;
- d) forneça o arcabouço para o estabelecimento e análise crítica dos objetivos de SST;
- e) seja documentada, implementada e mantida;
- f) seja comunicada a todas as pessoas que trabalhem sob o controle da organização, com o intuito de que elas tenham ciência de suas obrigações individuais em relação à SST;
- g) esteja disponível às partes interessadas; e
- h) seja periodicamente analisada criticamente para assegurar que permanece pertinente e apropriada à organização (OHSAS 18002:2007, p. 20).

- 4.3 – O planejamento: A organização deve estabelecer, implementar e manter procedimentos para a identificação contínua de perigos, avaliação de riscos e determinação de controles.

- 4.4 – Implementação e operação: São descritos os recursos, as responsabilidades, as prestações de contas e autoridades.

- 4.5 – Verificação: onde há o monitoramento e medição do desempenho. “A organização deve estabelecer, implementar e manter procedimentos para monitorar e medir regularmente o desempenho da SST” (OHSAS 18002:2007, p. 77).

- 4.6 – Análise crítica pela direção: onde o sistema de gestão deverá ser criticamente analisado, para assegurar sua continuada adequação, pertinência e eficácia. As análises críticas devem incluir a avaliação de oportunidades para melhorias e a necessidade de alterações no sistema de gestão, na política e nos objetivos de SST.

Os anexos abordam as correspondências entre a OHSAS e outras normas de referência. Seguem as referências bibliográficas.

3. METODOLOGIA

Do ponto de vista de sua natureza, esta é uma pesquisa básica uma vez que procura a ampliação de conhecimentos teóricos sem a preocupação de utilizá-los na prática e tem por meta o conhecimento pelo conhecimento (MARCONI & LAKATOS, 2015). Quanto

à forma de abordagem, o presente estudo é de caráter qualitativo, uma pesquisa descritiva, na qual se analisa os dados indutivamente (GIL, 2002). Quanto aos objetivos, a pesquisa se caracteriza como descritiva, pois têm como propósito a descrição das características de determinado fenômeno ou população, ou então, o estabelecimento de relações entre variáveis (GIL, 2002). E, quanto aos procedimentos técnicos, caracteriza-se como estudo de caso.

A unidade de análise desta pesquisa, doravante empresa Beta, é subsidiária de uma multinacional e com presença no Brasil há 49 anos. Atua na produção de carvão vegetal que abastece os altos-fornos para produção de tubo de aço sem costura. Seu sistema produtivo consiste no manejo de florestas e produção de carvão siderúrgico. A sede administrativa da empresa fica na cidade de Curvelo, região central de Minas Gerais e possui fazendas produtivas nos municípios de Curvelo, Bocaiuva e João Pinheiro, regiões centro, norte e noroeste do estado. Anualmente produz cerca de 270.000 toneladas de carvão siderúrgico para abastecimento dos altos-fornos.

No âmbito da unidade de observação, os questionários foram aplicados aos profissionais da área técnica de segurança do trabalho, aqueles à frente dos processos produtivos e aos da área administrativa que presenciaram o processo de certificação e vivenciam as mudanças provocadas por ele. Os perfis dos respondentes se revelaram diversos, variando de profissionais com formação técnica a pós-graduados, dispostos em distintas áreas de atuação.

No que diz respeito ao instrumento de coleta, consistiu de um questionário não estruturado, com 7 perguntas, abordando as principais mudanças organizacionais e os principais benefícios adquiridos com a implementação e certificação do sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional na empresa objeto de estudo. A análise das informações coletadas foi feita utilizando o método de análise de conteúdo.

4. RESULTADOS E ANÁLISES

Através do questionário buscou-se explorar assuntos acerca das condições de trabalho na empresa Beta antes da certificação na norma OHSAS 18001, quais foram as principais mudanças após esta certificação, quais foram os principais benefícios adquiridos pela empresa, qual o impacto desta certificação na imagem da empresa e, sobretudo, qual foram os impactos desta certificação no índice de acidentes do trabalho nesta empresa.

Os respondentes atuam na área de segurança do trabalho, na liderança dos processos e, também, na área administrativa. A média de tempo de empresa é de 15,69 anos, o que significa que a maioria deles acompanhou o processo de certificação. Aqueles que não foram admitidos antes da certificação foram inseridos como respondentes, pois foram admitidos num período próximo e vivenciaram, também, as mudanças ocorridas na empresa após certificação na norma OHSAS 18001.

Percebeu-se que a empresa atendia às normas e leis no que tange a segurança, mas preocupava-se em atender às legislações e não em se fazer uma gestão proativa de saúde e segurança no trabalho. As condições eram de trabalho com preocupação ao atendimento à legislação trabalhista, voltada à preocupação para eventuais autuações pelo Ministério do Trabalho.

Quanto às normas internas, estas não atendiam os padrões para trabalhar com uma gestão proativa, mas sim reativa. A organização e a padronização eram muito falhas permitindo que a gestão sobre o negócio fosse engessada, ou seja, se fazia pouco e o que se fazia não possuía qualidade suficiente para permitir uma gestão consciente sobre os riscos em saúde e segurança. Os procedimentos de trabalho internos que contemplam informações de segurança não tinham a mesma força e clareza que tem atualmente e nem eram vistos pelas lideranças como requisito básico em que todos os empregados deveriam ser treinados. Hoje, após a certificação, esse cenário mudou, as lideranças tratam as normas e regulamentos como premissas básicas que devem ser atendidas para a execução de todas as atividades.

De acordo com os respondentes, ocorreram diversas mudanças na organização após certificação do SGSSO. Segurança no trabalho passou a ser prioridade total dentro dos processos, aumentou o comprometimento da alta direção com segurança no trabalho, houve padronização dos processos e a gestão teve mais clareza na identificação e tratamento dos riscos presentes no ambiente, proporcionando aos colaboradores melhores condições de trabalho.

A gestão passou a se preocupar de fato não somente com o atendimento a legislação, mas também com o fator humano do trabalho, as práticas de proteção e saúde foram ampliadas com objetivo de trazer de fato melhorias nas condições de trabalho dos empregados.

Mecanismos, procedimentos e controles foram criados de forma a conduzir os trabalhos de maneira segura, envolvimento das áreas de operação nas definições se o

entendimento de que a segurança das pessoas é parte integrante do processo produtivo, mudança da visão de segurança dos gestores e responsáveis, preocupação em antecipar os riscos e garantir a execução de atividades dentro das melhores práticas de segurança, a percepção de que a segurança do trabalho é parte integrante do produto final e não está sob a responsabilidade do setor de segurança do trabalho, que passa a ser coadjuvante, tendo um papel de consultoria especializada, no desenvolvimento dos processos produtivos.

Grandes mudanças ocorreram, também, no fator humano. Ferramentas e treinamentos voltados para segurança ajudaram a disseminar a cultura de segurança e do trabalho seguro na empresa, acarretando mudanças no comportamento dos empregados perante suas atividades, na clareza da cultura e na consciência que a segurança é responsabilidade de todos e não só do setor de segurança do trabalho.

Na visão dos colaboradores, as mudanças tornaram a empresa mais enxuta no que se refere à saúde e segurança no trabalho. Segurança se tornou o maior valor da empresa, o que demonstra o comprometimento intenso da alta direção e de todos os empregados, bem como seus prestadores de serviços, com a segurança. Todas as atividades são padronizadas e existem procedimentos de trabalho para todas elas, os colaboradores passam por diversos treinamentos antes de iniciarem suas atividades, e periodicamente muitos destes treinamentos são reciclados. A gestão de SST trabalha com diversas ferramentas para prevenir, controlar e monitorar os riscos existentes no ambiente de trabalho. E tudo isto proporciona aos colaboradores da empresa Beta maior qualidade de vida no trabalho, segurança e saúde.

Na percepção dos respondentes, os principais impactos provocados pelas mudanças foram:

- Transparência da alta administração sobre o que se espera em termos de saúde e segurança do trabalho, em especial quando declara sua Política Integrada de Gestão às partes interessadas;
- Melhor domínio operacional das atividades em especial quando se identifica previamente os perigos e riscos das atividades e se estabelece as medidas mitigadoras adequadas a cada caso;
- Respostas rápidas à situações emergenciais;
- Maior controle estatístico sobre a performance de SST;
- Divisão da responsabilidade pela segurança;

- Incremento da segurança no ambiente de trabalho.

As respostas foram unanimemente positivas, o que significa que a segurança é reconhecida na qualidade do produto.

Com a OHSAS 18001 a empresa anuncia que investe em medidas para prevenção dos perigos ocupacionais, por meio diversas ações como o mapeamento dos riscos em que os trabalhadores estão expostos e a adoção de medidas que eliminem ou diminuam estes riscos para limites toleráveis em conformidade com a legislação trabalhista. Deste modo, o ambiente de trabalho torna-se mais seguro e confortável o que impacta diretamente na qualidade de vida no trabalho dos empregados e conseqüentemente na qualidade dos produtos que os mesmos produzem. Em situação contrária, quando o ambiente não é favorável e prevalece o desconforto e as irregularidades, seja nas condições ou métodos de produção, haverá também impacto direto sobre a qualidade do produto.

Percebe-se que a visão dos colaboradores vem de encontro ao que diz Chiavenato: As organizações carecem de pessoas motivadas para alcançar produtividade e qualidade em alto nível, a competitividade organizacional está diretamente ligada à qualidade de vida no trabalho. As empresas que investem em seus colaboradores investem diretamente em seus consumidores. A gestão da qualidade total depende da otimização do potencial humano. Pessoas motivadas e seguras participam e executam ativamente e isto depende de como as pessoas estão se sentindo no ambiente de trabalho (CHIAVENATO, 2004).

Para os respondentes, um ambiente saudável e seguro oferece melhores condições de qualidade e produtividade aos empregados. Quando se trabalha num ambiente seguro, e seguro entende-se por aquele que as condições e comportamentos estejam adequados, o foco passa a ser a qualidade da atividade a ser executada, uma vez que as premissas de segurança já estão enraizadas. Do contrário, em um ambiente onde o foco principal do empregado esteja em se proteger sempre, porque aquele não oferece condições adequadas de trabalho, o labor passa a ser uma luta diária pela sobrevivência e um ambiente de tensão e constante preocupação é propício a criar situações de acidentes de trabalho.

As pessoas são o principal recurso que as organizações carecem para alcançar seus objetivos estratégicos. Quando se cuida do chamado capital humano, dando mais segurança para as operações, reduzem-se acidentes, afastamentos, *turnover*, absenteísmo, ou seja, todos

esses “ladrões” de produtividade, além de aumentar o potencial produtivo através da motivação dos empregados.

Num primeiro momento imagina-se que a certificação pode onerar ou mesmo afetar a produtividade da empresa, todavia, percebe-se hoje as plantas de produção de carvão da empresa com altos índices de produtividade e baixo número de acidentes, isso se dá principalmente pela padronização dos processos produtivos com procedimentos operacionais escritos e pela conscientização e capacitação dos empregados nestes. Enxerga-se um cenário de grande produtividade e sem a ocorrência de acidentes graves, algo que não ocorria antes da certificação OHSAS 18001.

Acidentes de trabalho geram perdas em todos os níveis da empresa, afetam no clima, perdas econômicas, paralisação de processos, máquinas, perdas de tempo nas análises de causas e implementação de medidas de bloqueio, são inúmeros os transtornos advindos de acidentes de trabalho. O sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional consegue mapear e neutralizar grande parte de ocorrências indesejáveis, através da identificação de perigos e riscos das atividades operacionais e da análise de desvios registrados pelos empregados, tornando o ambiente mais seguro e menos propício a acidentes, contribuindo para a execução das tarefas de maneira adequada e com as menores taxas de acidentes, incidentes e seus desdobramentos.

Buscou-se enxergar, também, como os colaboradores percebem o impacto da certificação na imagem da empresa no que diz respeito à saúde e segurança de seus empregados e na sociedade em que ela mantém suas operações.

As respostas para o questionamento foram totalmente favoráveis, a imagem da empresa perante seus colaboradores é totalmente positiva e estes relatam que diante a sociedade a empresa tem reconhecimento por ter a segurança em seus processos produtivos como maior valor. O que demonstra que a empresa Beta vem alcançando o que desenhou como sua visão, ser uma empresa admirada pelas pessoas.

Uma empresa certificada transfere para a sociedade a imagem de responsabilidade perante seus empregados. As organizações que buscam ter sucesso com diferenciais competitivos, devem ter uma imagem positiva frente ao mercado e aos concorrentes. Para tanto, além da qualidade e sustentabilidade dos processos, as empresas precisam garantir um ambiente de trabalho saudável e seguro, tendo em vista que, dessa maneira evitam problemas relacionados a acidentes de trabalho, doenças ocupacionais, passivos trabalhistas e outras

penalidades. Isso reduz a ideia de “capitalismo selvagem” e da exploração da mão-de-obra. O público interno se beneficia com os programas de Qualidade de Vida no Trabalho e outros oriundos do SGSSO. E em contrapartida, o público externo desenvolve uma imagem positiva sobre a empresa, que demonstra ter outras preocupações além de tão somente auferir lucros.

Para uma comparação com as informações apresentadas pelos colaboradores da empresa Beta, serão aqui apresentados dados estatísticos de ocorrências registradas na empresa no cenário anterior, durante e após certificação do sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional. A fim de analisar a evolução do número de ocorrências e se os colaboradores estão sensíveis à percepção dos resultados trazidos pela certificação.

Para a apuração das ocorrências registradas, são consideradas as diferentes classificações utilizadas pela empresa em relação ao nível ou impacto da ocorrência, seguindo o descrito na ABNT NBR 14280 e normas internas da empresa Beta.

- Acidente com afastamento (ACA)

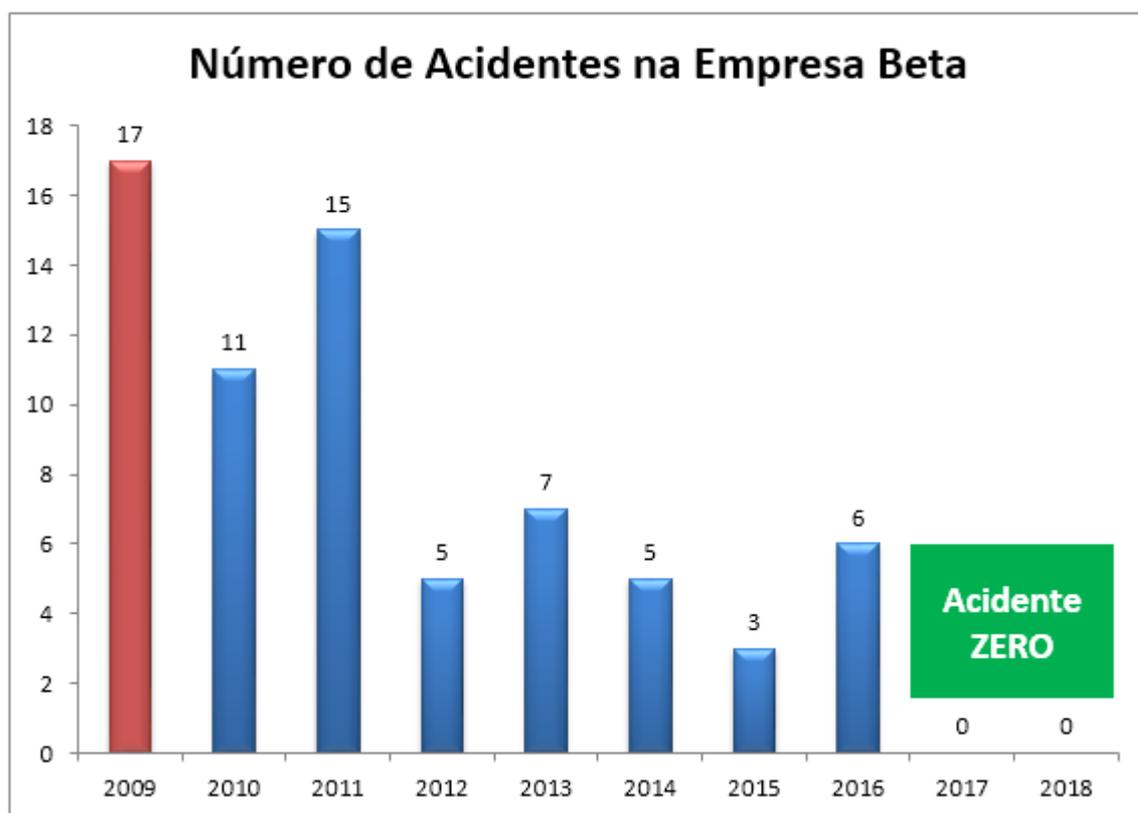
Acontecimento não desejado que resulte em lesão pessoal, acarretando afastamento do trabalho ou que resulte em incapacidade parcial ou total do empregado, em caráter permanente ou temporário.

- Acidente sem afastamento (ASA)

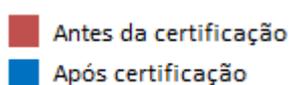
Acontecimento não desejado que resulte em lesão pessoal, sem afastamento do trabalho, podendo o empregado receber medicação ou ser submetido a procedimento médico durante o atendimento, com indicação de restrição ou desvio temporário para atividade compatível.

No gráfico 1 figura o número de acidentes do trabalho na empresa Beta nos períodos anterior, durante e após a certificação, a fim de analisar a evolução deste índice e a eficiência da implantação e certificação da norma OHSAS 18001.

GRÁFICO 1 - Evolução do número de acidentes na empresa Beta



Fonte: Elaborado pelo autor.



Observa-se que no período antes da certificação, em 2009, foram registrados 17 acidentes do trabalho, após a certificação, em 2010, o índice de ocorrências já tem uma queda significativa, tendo 11 registros no ano.

Nos anos subsequentes vemos algumas oscilações nos resultados. Em 2011 o aumento no número de acidentes se deu pelo fato de, transcorrido um período curto da certificação, havia ainda algumas fragilidades relativas a alguns requisitos da norma como, por exemplo, investigações de acidentes superficiais, falta de registro e tratamento de quase acidentes (incidentes), deficiência de treinamentos e capacitações. Isso serviu de base para as análises das ocorrências registradas naquele ano e a proposição de melhorias para os anos seguintes. O que demonstra a retroalimentação do sistema na busca da melhoria contínua em segurança.

Entre 2012 e 2016 vemos uma situação linear no número das ocorrências, todavia é importante ressaltar que no ano de 2015 a empresa Beta passou a monitorar as ocorrências de seus prestadores de serviço na mesma base que os próprios, ou seja, houve um aumento de colaboradores no monitoramento de ocorrências, mas não houve um aumento na mesma proporção do número de acidentes. Em resumo significa um número menor de acidentes se levarmos em conta que temos mais pessoas expostas aos riscos.

Essa integração no monitoramento exigiu também uma melhor gestão dos acidentes por parte dos prestadores de serviços, exigência que partiu da Empresa Beta, visando melhorar o atendimento aos requisitos da norma OHSAS 18001.

No ano de 2017 a empresa alcançou o melhor resultado de sua história quanto a ocorrência de acidentes. Naquele ano não foi registrado nenhum acidente com seus empregados próprios ou de prestadores de serviços em todas as suas operações. Esse grande resultado, que vem se mantendo em 2018, se deu por um movimento muito forte iniciado pelo setor de segurança em 2016 no sentido de transferir maiores responsabilidades no aspecto do tema segurança para as áreas de produção, como por exemplo: treinamentos dos empregados nos procedimentos operacionais, condução dos processos de investigação de acidentes e incidentes, condução de reuniões periódicas com foco em tomadas de decisão em segurança, etc. tendo o setor de segurança, a partir de então, um papel mais consultor por ser a área especialista no assunto.

5. CONCLUSÕES

Para que as organizações possam se manter competitivas no cenário conturbado e dinâmico em que atuam, trabalhar com melhoria contínua é primordial para sua sobrevivência no mercado. O ambiente de trabalho oferecido aos colaboradores influencia diretamente na produtividade e na qualidade dos produtos e serviços que as empresas entregam aos clientes. Desta forma, as empresas que investem em qualidade de vida no trabalho percebem o retorno em seu processo produtivo e na qualidade dos seus produtos e serviços. E para atender a estas demandas do mercado, as empresas têm investido continuamente na sua conformidade, através de normalizações e certificações, que oferecem diretrizes para implementação de sistemas de gestão. Estas estratégias provocam mudanças em todos os níveis das organizações e elevam a competitividade.

Neste contexto, esta pesquisa teve como propósito identificar os impactos das principais mudanças organizacionais ocorridas na empresa Beta, após implementação do sistema de gestão de saúde e segurança ocupacional, baseados na norma OHSAS 18001. A norma traz diretrizes para implantação de um sistema de gestão de saúde e segurança do trabalho. Nesse sentido, foi possível observar que a implementação da norma promoveu uma redução drástica do número de acidentes no ambiente de trabalho e, sobretudo, na cultura da organização e no comportamento dos colaboradores na realização de suas atividades.

O foco da mudança na empresa foi na padronização das atividades em seus processos. Foram identificados 125 procedimentos documentados para padronizar as mudanças exigidas pelas normas de certificação. Essa mudança trouxe avanços significativos para a empresa, levando, inclusive, à melhoria das condições de trabalho, comprovada pelo aumento da satisfação dos empregados nesse item, avaliada pela pesquisa de clima organizacional, que apresentou um índice de favorabilidade de 94,27%. Esse processo trouxe impacto positivo e benefícios também intangíveis em termos de comunicação, organização dentro dos processos, capacitação de pessoal e, conseqüentemente, comprometimento dos empregados e acesso maior a informações de legislação. É importante destacar, também, que um dos benefícios da padronização é a redução de custos e diminuição de desperdícios.

Portanto, no conteúdo das respostas dos entrevistados e análise dos dados de gestão, questões como a padronização das atividades operacionais, melhorias na infraestrutura, atendimento dos requisitos legais, fortalecimento da área de segurança do trabalho e amadurecimento das pessoas em relação à certificação são consideradas evidências da dinâmica do processo de mudança ocorrida na Empresa Beta com a implantação da certificação. Os depoimentos, reforçados por análises de resultados, indicam o amadurecimento do Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional, desde o início da implantação e com a manutenção da norma OHSAS 18001.

Os pontos que se destacaram foram:

- Melhor desempenho: melhoria do desempenho dos processos por meio da padronização e acompanhamento das atividades operacionais;
- Mais organização interna: as informações passaram a fluir de um processo para outro de forma ordenada;
- Aumento da satisfação dos empregados, em função da melhoria da infraestrutura e das condições de trabalho;

- Melhoria da qualidade de vida: adequação do ambiente de trabalho aos padrões de saúde, segurança e ergonomia;
- Identificação e controle de perigos e riscos: mapeamento e controle dos perigos e riscos relacionados às atividades operacionais e de apoio;
- Qualificação dos empregados: melhoria da qualificação dos empregados com treinamentos relacionados às normas de certificação, padrões operacionais e compulsórios ligados à legislação;
- Controle da legislação: identificação e controle da legislação aplicável ao segmento florestal;
- Redução dos índices de acidentes;

Os resultados retratados na pesquisa pretendem contribuir para melhor compreensão das mudanças e dos benefícios adquiridos com a certificação, auxiliando o SGSSO na busca de uma maior interação dos processos, na intenção de desenvolver trabalhos que proporcionem maior conscientização dos colaboradores com relação ao comportamento seguro.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, L. G.; FRANÇA, A. C. L. **Estratégias de Recursos Humanos e Gestão da Qualidade de Vida no Trabalho: O Stress e a Expansão do Conceito de Qualidade Total.** Revista de Administração. USP. v. 33, p.40-51. São Paulo, 1998.

CALARGE, F. A.; LIMA, P. C. **Da abordagem do TQM (Total Quality Management) Ao GQM (Global Quality Management):** a inserção e utilização da metodologia do projeto axiomático no desenvolvimento de modelos de gestão sistêmica da qualidade. Gestão & Produção, v. 8, n. 2, p. 196-213, 2001.

CAMPOS, V. F. **TQC Controle da Qualidade Total no estilo japonês.** 2. ed. Nova Lima: INDG TecS. 2004.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração nos Novos Tempos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CHIAVENATO, Idalberto. **Gestão de Pessoas: e o novo papel dos recursos humanos na organização.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CHIAVENATO, Idalberto. **Os novos paradigmas:** Como as Mudanças estão mexendo com as Empresas. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CRUZ, Tadeu. **Sistemas, Organização & Métodos:** estudo integrado orientado a processos de negócio sobre organizações e tecnologias da informação. Introdução à gerência do conteúdo e do conhecimento. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERREIRA, M. C. **Qualidade de vida no trabalho:** uma abordagem centrada no olhar dos trabalhadores. 2. ed. Brasília: Paralelo 15, 2012.

FILHO, A. N. B. **Segurança do trabalho & Gestão Ambiental.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

LACOMBE, Francisco & Heilborn, Gilberto. **Administração:** Princípios e Tendências. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARCONI, M. A.; Lakatos, E. M. **Técnicas de Pesquisa:** planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARRAS, J. P. **Administração de recursos humanos:** do operacional ao estratégico. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, G. **Legislação de Segurança e Saúde Ocupacional.** 1Ed. Rio de Janeiro: Gerenciamento Verde, 2008.

OHSAS 18001: especificação para sistemas de gestão da segurança e saúde no trabalho. São Paulo. 2007.

OHSAS 18002. Sistemas de gestão da segurança e saúde no trabalho – diretrizes para a implementação da OHSAS 18001. São Paulo. 2007.

POZO, Hamilton; TACHIZAWA, Elio Takeshy. **Qualidade de vida no Trabalho nas Micro e Pequenas Empresas como Vantagem Competitiva.** Reuna, 2016. Disponível em: <http://revistas.una.br/index.php/reuna/article/view/824>

SILVA, D.C. **Um sistema de gestão da segurança do trabalho alinhado à produtividade e à integridade dos colaboradores.** Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora; 2009. Disponível em: http://www.ufjf.br/ep/files/2014/07/2006_3_Diogo-Cortes.pdf

SZYSZKA, Irene. **Implantação de Sistemas da Qualidade ISO e Mudança Organizacional**. Porto Alegre, 2001.

**A NOVA PERSPECTIVA DA INCAPACIDADE ABSOLUTA SOB
A ÓTICA DO ESTATUDO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA –
PROTEÇÃO INSUFICIENTE?**

THE NEW PERSPECTIVE OF ABSOLUTE DISABILITY UNDER THE VIEW OF THE
STATUDE OF THE DISABLED PERSON - INSUFFICIENT PROTECTION?

**Américo Braga Júnior⁵¹
Marcela Souza de Paula⁵²**

RESUMO

O artigo visa analisar o instituto da incapacidade absoluta, presente no Código Civil, sob a ótica da Lei 13.146/ 2015 que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal diploma revogou e alterou alguns artigos do Código Civil, ocasionando mudanças significativas na teoria da incapacidade, repercutindo em algumas esferas do Direito como casamento, curatela, negócio jurídico, prescrição e decadência dentre outras. Como harmonizar a realidade biológica de muitas espécies de deficiência à condição de plenamente capaz? Pretende-se apresentar uma análise crítica às alterações feitas no Código Civil, no tocante à teoria das incapacidades, pela nova legislação demonstrando mais prejuízos do que benefícios para a proteção dos deficientes.

Palavras-chave: Teoria das Incapacidades; Código Civil; Estatuto da Pessoa com Deficiência;. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

ABSTRACT

The article aims to analyze the institute of absolute incapacity, present in the Civil Code, under the perspective of Law 13,146 / 2015 that established the Statute of the Person with Disabilities. This law revoked and altered some articles of the Civil Code, causing significant changes in disability theory, affecting certain spheres of law such as marriage, curatela, legal business, prescription and decadence, among others. How to harmonize the biological reality of many species of deficiency to the fully capable condition? It is intended to present a critical

⁵¹ Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/UCAM/RJ. Pós-graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MG. Pós-graduado em Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/Acadepol. Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna/MG. Professor do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG - Unidade de Diamantina/MG e do Curso de Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/MG-FAC.

⁵² Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas – FCJ/FEVALE. Especialista em Direito Civil pelo LFG.

analysis of the changes made in the Civil Code, regarding the theory of disabilities, by the new legislation showing more damage than benefits for the protection of the disabled.

Keywords: Theory of Disabilities; Civil Code; Statute of the Person with Disabilities; Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico visa analisar o instituto da incapacidade absoluta, presente no Código Civil, sob a ótica da Lei 13.146 de 2015 que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Tal diploma foi sancionado em 06 de julho de 2015 e teve sua entrada em vigor em janeiro de 2016.

A lei 13.146 de 2015 intitulada de Estatuto da Pessoa com Deficiência, em consonância com os preceitos fundamentais da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência realizada em Nova York em 2007, trouxe inovações que transformaram o sistema de incapacidades, gerando importantes consequências no tocante à proteção da pessoa com deficiência.

Tal diploma revogou e alterou alguns artigos do Código Civil, em especial os artigos 3º e 4º que tratam especificamente de incapacidade, ocasionando mudanças significativas na teoria da incapacidade, o que repercutiu em algumas esferas do Direito como no casamento, na curatela, no negócio jurídico, na prescrição e decadência dentre outras, além da criação do instituto denominado tomada de decisão apoiada.

O intuito primordial da referida lei, de acordo com seu artigo primeiro, é assegurar e promover em condições de igualdade o exercício de direitos e liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, gerando sua cidadania e inclusão social.

A recente lei de inclusão das pessoas com deficiência criou uma condição de isonomia baseada no princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que os deficientes não mais sejam rotulados como incapazes, tornando-se, apesar de suas limitações, plenamente capazes sob a ótica jurídica.

Não mais existe pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade, somente são considerados absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos. As pessoas com deficiência passam a ser, em regra, plenamente capazes para os atos da vida civil, tendo a sua inclusão social em prol de sua dignidade, consagrando assim os princípios da igualdade plena e da sua inclusão com autonomia.

Essas alterações trouxeram inúmeros prejuízos para os deficientes na esfera de sua proteção, o que causou um imenso impacto na segurança jurídica dos vulneráveis. Estaríamos diante de uma proteção insuficiente?

Faz-se necessário destacar que o diploma normativo intitulado Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxe mais malefícios do que benefícios para a proteção das pessoas com deficiência, pois deu destaque a integração social do deficiente, considerando-o plenamente capaz, em detrimento de sua segurança jurídica, tendo em vista a sua condição de vulnerabilidade. Na vida prática o deficiente continua necessitando de uma lei que os ampare e que os iguale aos demais de maneira efetiva, sem isso a lei não incide, a proteção não chega e o indivíduo fica desguarnecido.

Percebe-se que entre os doutrinadores brasileiros o referido tema ainda não possui entendimento pacífico no tocante as consequências trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, por isso se faz necessário a pesquisa de tal tema.

2. O CONCEITO DE CAPACIDADE JURÍDICA

A pessoa humana e sua dignidade constituem a base do ordenamento jurídico pátrio. Assim faz-se necessário conceituar alguns tópicos.

O conceito de pessoa natural se restringe a todo o indivíduo que nasce com vida e por nascer com vida possui aptidão genérica para ser titular de direitos e para contrair deveres na ordem civil. A personalidade jurídica está diretamente ligada ao conceito de pessoa natural, visto que, todo aquele que nasce com vida adquire personalidade, sendo ela um atributo do ser humano.

A capacidade jurídica é um dos aspectos da personalidade, ela é a medida da personalidade, é a aptidão do ser humano de ser sujeito, de titularizar uma situação jurídica, ou seja, é um atributo absoluto que não comporta gradações, ou se tem capacidade jurídica ou não se tem. A capacidade no direito é sempre uma situação jurídica titularizada por alguém, essas capacidades jurídicas são sempre resultado de opções normativas que variam no tempo e no espaço.

Caio Mario da Silva Pereira explica que:

Personalidade e capacidade completam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. Quem tem aptidão para adquirir direito deve ser hábil a gozá-los e exercê-los, por si ou por via de

representação, não importando a inércia do sujeito em relação ao seu direito, pois deixar de utilizá-lo já é, muitas vezes, uma forma de fruição (PEREIRA, 2007, p. 263).

Existem duas modalidades de capacidade: a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou também chamada de exercício. A capacidade de direito é a capacidade que todo indivíduo possui sem distinção, adquire-se ao nascer, inclusive os chamados incapazes a possuem. A capacidade de direito está diretamente ligada à personalidade e a mesma não pode ser recusada, ela é inerente à pessoa. Já a capacidade de fato ou de exercício não é todo indivíduo que a possui, pois se trata de uma aptidão para exercer sozinho os atos da vida civil, é um atributo subjetivo.

Aqueles que possuem ambas as espécies de capacidade são considerados plenamente capazes, ou seja, possuem a capacidade plena para exercer seus direitos sem nenhuma intervenção de outrem. Os que somente possuem a capacidade de direito ou de gozo tem a capacidade limitada, pois lhe faltam a capacidade de fato, capacidade esta necessária para sozinho exercerem atos da vida civil. Por tal motivo são chamados de incapazes, pois necessitam de um terceiro para exercer o direito em seu nome.

A teoria das incapacidades se baseia nas gradações que a capacidade de fato possui, sendo estas condições legais e biológicas.

No nosso ordenamento jurídico tem-se como princípio que a capacidade é a regra e a consequentemente a incapacidade exceção. É o que se percebe no trecho abaixo escrito por Caio Mario da Silva Pereira:

Por isso mesmo se diz que a regra é a capacidade, e a incapacidade é exceção, ou, enunciado de outra maneira, afirma-se que toda pessoa tem a capacidade de direito ou de aquisição, e presume-se a capacidade de fato ou de ação; somente por exceção, e expressamente decorrente de lei, é que se recusa ao indivíduo a capacidade de fato. É por isso, também, que ninguém tem a faculdade de abdicar da sua capacidade, ou de se declarar incapaz, ou de reduzir a sua capacidade, seja de gozo, seja de ação (PEREIRA, 2007, p. 265).

3. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E A TEORIA DAS INCAPACIDADES

3.1. A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Em 2008 ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, através do decreto legislativo de nº 186, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com deficiência que adquiriu status de emenda constitucional, pois foi aprovada em ambas as casas do Congresso Nacional, em dois

turnos e por três quintos dos votos de seus respectivos membros, tornando-se assim uma norma constitucional como dispõe o artigo 5º, §3º da Constituição.

Todo tratado internacional que verse sobre direitos humanos que for aprovado com status de emenda constitucional, ou seja, for aprovado nas duas casas do Congresso, em dois turnos e por três quintos de seus membros, assumirá a primazia que é inerente ao topo da pirâmide legislativa brasileira.

Pelo nosso Código Civil a deficiência é detectada pelo aspecto médico que necessita de uma análise do estado físico da pessoa para detectar se existe ou não alguma deficiência mental ou psíquica. Não se deve rotular a deficiência como uma questão basicamente médica, ou seja, uma doença. A deficiência é uma parte da área de desenvolvimento social e de direitos humanos que deve ser vista de uma dimensão mais social e personalizada. O que deve ser analisado e percebido é o ser humano, antes mesmo de se analisar a deficiência, para se determinar a sua capacidade de ser sujeito de sua própria vida.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu artigo 12 determina a igualdade de tratamento perante a lei das pessoas com deficiência, possuindo capacidade jurídica para os atos da vida civil. Segue:

Artigo 12

Reconhecimento igual perante a lei

1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei.
2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida.
3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal.
4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.
5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

O objetivo primordial da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência é mudar o modo como o deficiente vem sendo tratado, dando-lhe mais autonomia e inclusão e tornar essa abordagem universal.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em seu artigo primeiro conceituou o que vem a ser pessoa com deficiência sendo toda aquela pessoa “que tem impedimento de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Por esse diploma internacional as pessoas com deficiência possuem plena capacidade civil para exercer todos os atos da sua vida e por isso devem ser consideradas iguais a todas as outras pessoas, consagrando assim o princípio da isonomia.

Para que se possa alcançar essa tão esperada isonomia os Estados Soberanos signatários desse tratado internacional devem diminuir os obstáculos sociais e institucionais para garantir uma efetiva inclusão do deficiente. O Brasil aderiu ao tratado e realizou significativas mudanças em sua legislação como foi o caso da promulgação da Lei 13.146 de 06 de julho de 2015 denominada de Estatuto da Pessoa com Deficiência.

3.2. As Incapacidades no Código Civil de 2002

Pelo Código Civil de 2002 são consideradas incapazes as pessoas que possuem a capacidade de direito, que é adquirida com o nascimento, mas não possuem a capacidade de fato ou a possuem de maneira restrita.

O sistema das incapacidades presente no nosso ordenamento jurídico abrange dispositivos legais que visam proteger as pessoas que possuem algum tipo de incapacidade, os chamados incapazes. Estas pessoas necessitam de uma maior proteção em razão de alguma deficiência que pode ser por doença, idade, desenvolvimento mental etc., sendo assim necessário que sejam assistidos ou representados.

Como foi dito anteriormente a teoria das incapacidades se baseia nas gradações que a capacidade de fato possui, sendo estas condições legais e biológicas. Pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 3º são considerados absolutamente incapazes para os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os enfermos ou deficientes mentais que não possuem o necessário discernimento e os que por causa transitória não podem expressar sua vontade.

Artigo 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

A incapacidade relativa permite ao indivíduo praticar determinados atos da vida civil desde que sejam assistidos por quem a lei estipular. Nesse tipo de incapacidade a manifestação de vontade exteriorizada pelo incapaz deve estar acompanhada ou complementada pela assistência de uma pessoa absolutamente capaz que o ordenamento jurídico estipular. As causas de incapacidade relativa presentes no Código Civil de 2002 em seu artigo 4º são: os maiores de dezesseis e menores que dezoito anos, os que tiverem discernimento reduzido, os excepcionais e os pródigos.

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Os institutos jurídicos da assistência e da representação são os instrumentos que o nosso ordenamento trouxe para promover a proteção dos incapazes gerando assim o seu exercício pleno da sua capacidade. Os absolutamente incapazes deverão ser representados e os relativamente incapazes deverão ser assistidos ambos com o devido processo de interdição no qual será nomeado um curador.

É importante lembrar que no Código Civil existem vários outros institutos jurídicos de proteção do incapaz além da interdição como é o caso da não incidência da prescrição contra os absolutamente incapazes.

3.3. As Incapacidades após o Estatuto da Pessoa com Deficiência

Inicialmente faz-se necessário destacar quem se enquadra no conceito de deficiente de acordo como artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146 de 2015:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o deficiente deixou de ser considerado incapaz e tornou plenamente apto para todos os atos da vida civil, tudo isso devido à primazia do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. O professor Pablo Stolze nos ilustra com importantes palavras:

Em verdade, o que o Estatuto pretendeu foi, homenageando o princípio da dignidade da pessoa humana, fazer com que a pessoa com deficiência deixasse de ser rotulada como incapaz, para ser considerada – em uma perspectiva constitucional isonômica – dotada de plena capacidade legal, ainda que haja a necessidade de adoção de institutos assistenciais específicos, como a tomada de decisão apoiada e, extraordinariamente, a curatela, para a prática de atos na vida civil (STOLZE, 2015, p. 2).

Tal instrumento jurídico realizou importantes alterações e revogações no Código Civil de 2002 no que se refere à teoria das incapacidades gerando significativas mudanças no ordenamento pátrio que antes era baseado por valores patrimonialistas.

A nova legislação trouxe como a mais significativa mudança a declaração de plena capacidade do deficiente com a justificativa de que tal deficiência não afetaria a sua capacidade de entendimento, conforme o artigo 6º e 84 do estatuto.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com foram retirados do rol do artigo 3º do Código Civil que trata das pessoas absolutamente incapazes, o deficiente, os que por enfermidade não tem o necessário discernimento e os que por causa transitória não podem expressar sua vontade, restando nesse rol somente os menores de dezesseis anos. Aqueles que por causa transitória não podem expressar sua vontade foram deslocados dentro do mesmo diploma legal, do artigo 3º para o artigo 4º que trata da incapacidade relativa. Esta modalidade de incapacidade foi alocada dentro do artigo 4º em seu inciso III e foi acrescido da palavra permanente, podendo ser então a causa transitória ou permanente.

No que tange às mudanças do artigo 4º percebe-se que o deficiente mental com discernimento reduzido juntamente com os excepcionais sem desenvolvimento mental completo também foram excluídos do rol dos relativamente incapazes. Faz-se necessário um quadro comparativo para melhor ilustrar o tema:

Quadro 1 – Comparativo dos absolutamente incapazes

Código Civil (Redação Original)	Código Civil (Redação vigente)
Art. 3o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de 16 (dezesesseis) anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade;	Art. 3o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos.

Quadro 2 – Comparativo dos relativamente incapazes

Código Civil (Redação Original)	Código Civil (Redação vigente)
Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.	Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Assim sob a ótica desse novo paradigma na teoria das incapacidades entende-se que as pessoas com algum tipo de deficiência não mais serão consideradas incapazes para exercer os atos da sua vida. O legislador deu ênfase aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da isonomia substancial em detrimento da sua segurança jurídica.

Deve-se entender que a incapacidade de fato não significa uma situação pejorativa, de inferioridade. A teoria das incapacidades veio justamente auxiliar as pessoas foram consideradas incapazes para os atos da vida civil, dando-lhes maior proteção jurídica. Entender e aceitar que tais pessoas possuem algum tipo de deficiência não os diminui e nem os inferioriza perante as outras pessoas, essas pessoas simplesmente possuem peculiaridades que necessitam de uma maior proteção.

4. A TOMADA DE DECISÃO APOIADA

A tomada de decisão apoiada é um instituto jurídico de proteção à pessoa com deficiência que foi criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e que visa apoiar o pleno exercício da capacidade e a sua autodeterminação. Essa nova modalidade de auxílio à pessoa com deficiência objetiva resguardar a liberdade e dignidade do deficiente sem limitar indiscriminadamente suas vontades e anseios. Esse instituto jurídico está presente no artigo 1.783-A no qual foi contemplado com o capítulo III do Código Civil de 2002 e está presente também no Estatuto da Pessoa com Deficiência em seu artigo 116.

O procedimento da tomada de decisão apoiada se dá por meio da escolha de no mínimo duas pessoas idôneas e com plena capacidade civil para apoiar, ajudar na tomada de decisão sobre certos atos da vida civil do deficiente, dando-lhe as informações necessárias para o exercício de sua capacidade. Tal medida será determinada pelo juiz através do procedimento de jurisdição voluntária na vara de família de cada comarca e tem como legitimado ativo o próprio deficiente que é a pessoa a ser apoiada.

Os ilustres professores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald entendem que a intenção do instrumento de tomada de decisão apoiada é:

Fornecer qualidade de vida à pessoa com deficiência, cabendo aos dois apoiadores seguir fielmente o termo levado a juízo, tendo em consideração as concretas e efetivas necessidades e aspirações do beneficiário. O beneficiário do apoio conservará a sua autodeterminação em todos os atos que não estejam incluídos no acordo. Assim, para a satisfação dos atos ordinários da vida cotidiana, não necessitará de auxílio de apoiadores (FARIAS E ROSENVALD, 2016, p. 341).

Faz-se necessário uma crítica no sentido de que embora o devido exiba uma maior autonomia devido ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, ele ainda não tem capacidade saudável como um indivíduo comum. Portanto a escolha das duas pessoas que farão o papel de seus apoiadores no instituto de tomada de decisão apoiada ficaria prejudicada.

5. CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13146/15 – pretendeu conferir à pessoa portadora de alguma deficiência maior dignidade, incluindo-a nas relações em igualdade de condições para com as demais. Nesse sentido, o Estatuto alterou a estrutura

normativa para considerá-las absolutamente capazes de exercerem, pessoalmente, os atos da vida civil.

Verdade que o Estatuto previu o instituto jurídico denominado tomada de decisão apoiada, cujo escopo foi resguardar os interesses do portador de alguma deficiência que interferia na sua capacidade de discernimento. Não há dúvida de que o escopo do Estatuto foi louvável, tendo em vista que objetivou incluir o portador de deficiência na vida civil e, por conseguinte, otimizar a dignidade da pessoa humana.

Porém, não é possível negligenciar a proteção deficiente que o Estatuto pode gerar em relação aos direitos e interesses do deficiente. A cultura do Brasil está atrelada aos institutos jurídicos da representação, da assistência e da interdição. Claro que. No âmbito social, em especial a curatela, goza de um significado pejorativo. Mas, juridicamente, a essência de tais institutos jurídicos é proteger os direitos e os interesses da pessoa portadora de alguma deficiência atinente à capacidade de discernimento.

O avanço trazido pela Lei nº 13146/15 refletirá, principalmente, na cultura do brasileiro. Forçosa a conclusão no sentido de que, enquanto o povo brasileiro não absolver a inclusão da dignidade pretendida pelo Estatuto, direitos e interesses de pessoas portadoras de deficiência poderão estar desprotegidos juridicamente, caracterizando-se inaceitável proteção deficiente ou insuficiente por parte do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 29 ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York**. Brasília, DF: 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/ decreto/d6949.htm>.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015 /Lei/L13146.htm>.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**, volume 1. 2ª ed. Ver., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 14 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**. 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil, volume 1**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao novo código civil**. v. XX. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SENADO FEDERAL. **Decreto Legislativa nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007**. Brasília: DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>.

STOLZE, Pablo. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e sistema de incapacidade civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4411, 30 jul. 2015. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/41381>>.

A PROVA PENAL CONSTITUCIONALIZADA E A
INDISPENSABILIDADE DO CONTROLE EPISTÊMICO
THE CONSTITUTIONALIZED CRIMINAL PROOF AND THE INDISPENSABILITY OF
EPISTEMIC CONTROL.

Gerald Henrico Freitas Carvalho⁵³
Waldir Miguel dos Santos Júnior⁵⁴

RESUMO

Vislumbrar em um processo sua legitimidade constitucional significa dizer que nele estão presentes as garantias constitucionais inerentes a todos; não se trata de idealismo político ou de qualquer outra ideologia. Trata-se, pois, da satisfação do raciocínio-lógico que coloca em paridade de armas os sujeitos do processo, diante de garantias que preservem a pessoa, mas que também sejam fundamentos à legitimidade processual. Nesse contexto, uma das principais vertentes de debate processual é a atividade probatória e, dada essa importância das provas no processo constitucional, especialmente no penal, é necessário que elas estejam em conformidade com as garantias e direitos assegurados, de modo que sejam legitimadoras do processo. Ora, se o sistema processual inquisitório permitia à atividade probatória caráter ilimitado, o sistema acusatório, por outro lado, exige que as mesmas sejam produzidas em consonância com a legalidade, sendo inócua toda atividade probatória com lastro em prova ilícita. Tal tema é atual e iminente, principalmente em razão de o cenário político atual não corresponder às expectativas sociais, especialmente no que tange aos diversos escândalos de corrupção. Nesse viés, provar tais atos e punir os agentes políticos é, de fato, tarefa necessária à dignidade da nação; entretanto, um processo que tenha por finalidade interesse tão nobre, não pode nutrir-se de práticas inquisitoriais, como propôs o Ministério Público Federal. Ademais, culmina o presente trabalho na necessidade do controle epistêmico da prova penal, controle esse indispensável: se a prova é indispensável ao processo, mais ainda imprescindível é o resguardo à cadeia de custódia da prova, capaz de assegurar que o trajeto percorrido pela prova, desde a fase de investigação, obedeceu aos critérios lícitos da referida cadeia. Além disso, o acesso da defesa a todo esse percurso e às fontes de prova não poderá sofrer óbice, tratando-se de direito indiscutível, resguardado pela ampla defesa, pelo contraditório e pela paridade de armas.

Palavras-chave: prova; controle epistêmico; processo constitucional.

ABSTRACT

To glimpse in a process its constitutional legitimacy means to say that in it are present the constitutional guarantees inherent in all; it is not about political idealism or any other ideology. It is, therefore, the satisfaction of logical reasoning that puts parity of arms, the

⁵³ Graduando em Direito FAC.

⁵⁴ Mestre em Direito Processual PUC Minas. Professor de Direito Penal FAC. Advogado criminalista.

subjects of the process, in the face of guarantees that preserve the person, but which are also grounds for procedural legitimacy. In this context, one of the main aspects of procedural debate is probative activity and, given the importance of evidence in the constitutional process, especially in criminal cases, it is necessary that they be in compliance with the guarantees and rights ensured, so that they are legitimating the process. However, if the inquisitorial procedural system allowed the probative activity to be unlimited, the accusatory system, on the other hand, requires them to be produced in accordance with legality, and any probative activity with unlawful evidence is innocuous. This issue is current and imminent, mainly because the current political scenario does not meet social expectations, especially with regard to the various corruption scandals. In this bias, to prove such acts and punish political agents is, in fact, a necessary task for the dignity of nation; however, a process whose purpose is so noble an interest, can not be nourished by inquisitorial practices, as proposed by the Federal Public Ministry. In addition, the present work culminates in the need for epistemic control of the criminal evidence, which is indispensable control: if the evidence is indispensable to the process, even more indispensable is the safeguard to the chain of custody of the evidence, able to ensure that the path covered by the evidence, since the research phase obeyed the licit criteria of said chain. In addition, the access of the defense to all this course and to the sources of evidence can not suffer an obstacle, being an indisputable right, protected by the ample defense, the contradictory and the parity of arms.

Keywords: proof; epistemic control; constitutional process.

1. INTRODUÇÃO

O zelo pelos princípios e pelas garantias advindas da promulgação da Constituição da República de 1988 consiste na luta árdua e pertinente para que de fato todos estejam sob o manto do Estado Democrático de Direito, o qual não se efetiva se não estão abrangidas todas as pessoas, independentemente de condições distintivas de qualquer natureza.

O estudo aqui realizado preocupa-se, de modo geral, com a tarefa que tem o sistema processual penal de ser um legitimador ao Estado Democrático, demonstrando que de outro modo tal Estado seria de Exceção; partindo deste viés, a atividade probatória tem grande prestígio dentro do processo, pois garante um processo legítimo e permite sê-lo afirmado democrático.

Dessa forma, o marco teórico que rege o presente trabalho consiste na inadmissibilidade de provas ilícitas no processo, especialmente pleiteando o direito já garantido constitucionalmente de a defesa rastrear as fontes da prova, além de revelar a necessidade de todas as partes do processo prezarem pelo controle epistêmico da prova, de tal modo que a cadeia de custódia da prova esteja íntegra e, a partir de tal higidez, possa garantir à prova caráter lícito; caso contrário, a ilicitude da prova seria inegável.

Inicialmente, o trabalho terá caráter de problematização e de conceito, interligando o conceito da prova à sua função no devido processo constitucional.

No seguinte abrange temas que convergem numa só direção: a necessidade de se desentranhar da cultura e da mentalidade de toda a comunidade como um todo, especialmente os operadores do direito, a inquisitorialidade. Por isso, se cuidará de demonstrar os traços inquisitoriais do código de processo penal de 1941, passando a observar um viés que busca desmistificar o processo como meio de condenação, considerando-o na verdade como o meio hábil à realização da democracia, vislumbrando, ainda, a nova formatação da atividade probatória.

Por fim, demonstrará como ainda são perigosas e tendenciosas as práticas inquisitoriais no processo penal, apresentando uma solução a tal cultura, pelo menos no que tange ao instituto da prova, denunciando as ofensas que sofrem os princípios constitucionais, especialmente os da inocência ou não culpabilidade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas.

Assim, o objetivo precípuo do presente estudo consistirá na demonstração da atividade epistemológica aplicada ao trajeto probatório no processo penal, demonstrando como a cadeia de custódia sustenta o valor das provas e como as mesmas são improcedentes quando não respeitada a cadeia de custódia.

2. DA PROVA PENAL

A atual conjuntura do processo penal, ou do que se pretende dele a partir da promulgação da Constituição de 1988, valoriza demarcadamente o instituto da prova penal, diante dos princípios da inocência e do juiz imparcial. Ambos princípios exigem a atividade probatória como meio assecuratório de uma decisão correta e coerente.

A finalidade da prova consiste na busca pela reconstrução dos fatos, de modo que a decisão judicial seja coerente com a verdade processual que se constrói mediante a atividade probatória.

Com isso, a atividade probatória assume duas vertentes: a primeira consiste na própria realização da coincidência entre os fatos ocorridos e o processo; a segunda vertente, por sua vez, condiciona às provas tanto as acusações quanto à fundamentação da decisão. Ou seja, o instituto da prova tem grande valor e trata-se, não menos, de um grande legitimador de todo o processo.

Esse trabalho recognitivo das provas é um trabalho de reconstrução de um fato passado, para aferir o que for possível, sabendo-se que reconstruir um fato exatamente nos moldes em que ele ocorreu é tarefa impossível, fazendo-se presente o devir de Heráclito,

filósofo grego que admirava como a realidade a todo instante se modifica e como é impossível que algo seja inteiramente e exatamente igual ao que era antes.

Desse modo, nos ensinamentos de Aury Lopes Jr., este salienta que:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). (LOPES JR., 2013, p. 535).

Ao ter participação decisiva na reconstrução de um possível fato delituoso, a prova adquire a importante função de fundamentar a decisão do magistrado que, no processo penal, absolverá o acusado ou o condenará. O presente estudo não terá por objeto temas como medida de segurança ou absolvição imprópria, que aqui não terão grande relevância em relação ao assunto principal.

Enfim, a decisão do magistrado precisa se apresentar num caráter sempre lógico e não discricionário, principalmente em relação à condenação do acusado que, na maioria das vezes, consiste na supressão do direito fundamental de liberdade do réu. Assim, a atividade coerente do juiz será necessariamente realizada a partir da atividade probatória. Aury Lopes Jr. assim pondera:

Em suma, o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade cognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR., 2013, p. 538).

Em relação à convicção do juiz (a sua imparcialidade será tema enfrentada adiante), o clássico teórico italiano Malatesta demonstra as faces objetiva e subjetiva da prova, num cenário em que estas causam tamanho impacto ao processo:

A prova, dissemos nós, é, em conclusão, a relação particular e concreta entre o convencimento e a verdade. Ora visto que a natureza de toda a relação é determinada pela natureza de seu termos, é por isso na consideração dos dois termos daquela relação, que se chama prova, é na consideração da verdade objetiva e da convicção subjetiva, que nós encontramos os princípios supremos da prova em geral. (MALATESTA, 1927, p.89).

Desse modo, o destaque dado pelo citado autor ao instituto da prova em íntima relação com a necessidade de um julgador imparcial, caso em que sua subjetividade estará limitada pela atividade probatória e não meramente por um trabalho indutivo do juiz. A prova, então, tem a finalidade de “fixação dos fatos no processo” (CARNELUTTI, 1982). Daí

porque a palavra convicção não combina com o instituto da prova em processo democrático, em que o juiz não detém protagonismo, sendo mais um sujeito do processo.

2.1. Indícios X Provas

Pertinente se faz a diferenciação entre o que é indício e o que é prova, palavras utilizadas erroneamente em alguns casos como sinônimas, o que não são.

Destaca-se, inicialmente, que o artigo 239 do Código de Processo Penal dispõe que “considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. (BRASIL, 1941).

Muitas vezes, o fato típico que constitui crime deixa vestígios, principalmente na “cena do crime”. Um projétil, por exemplo, diante de um crime de homicídio constitui uma ferramenta importante para desfecho da situação. Mas nessa situação, não é o referido indício a própria prova, não constitui ele meio de prova.

Assim, a prova tem um caráter muito mais valorado, obtendo valor probatório que os indícios não detêm. Portanto, conforme o que se exemplificou no parágrafo antecedente, o indício é um caminho que pode levar até à prova, mas não possui o valor desta, que é produzida sobre o âmbito do contraditório e da ampla defesa.

Acerca deste estado de maior complexidade da prova penal e sua relação com o indício, Waldir Miguel dos Santos Júnior:

Nesse sentido, a distinção entre indício e prova é fundamental em um Estado de Direito que quer ser democrático: o primeiro deve estar delimitado pelo outro, isso não quer dizer que são excludentes, muito pelo contrário, significa que não são estanques. (SANTOS JR., 2016, p. 92).

Aury Lopes Júnior (2013) ressalta que não se devem confundir os dois institutos (prova e indício), e que o indício não é prova, ainda que esteja no Título VII do Código de Processo Penal. Seguindo, pois, o princípio da presunção da inocência, que mais adiante receberá maior destaque, ninguém poderá ser condenado a partir dos indícios, justamente por este não possuir a força probante das provas.

Como exemplo da utilização dos indícios, tem-se o disposto no artigo 312 do CPP, em relação à prisão preventiva:

Art. 312 A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (BRASIL, 1941). **(Grifo nosso)**.

A decretação da medida cautelar é uma possibilidade que se vislumbra justamente para fins de que o processo prossiga sem ser danificado, numa fase em que ainda não há prova suficiente que embase uma condenação. Nesse raciocínio, os indícios suficientes de autoria seriam basilares à possibilidade da preventiva, por exemplo; noutro ponto, diante dos princípios constitucionais, os indícios não possuem legitimidade que lhes permitam fundamentar uma condenação. Firmemente, Aury Lopes Jr. afirma:

Por fim, se os indícios de autoria justificam uma prisão cautelar (na visão do senso comum teórico, com a qual não concordamos) ou um sequestro de bens, pois a cognição é sumária e limitada ao *fumus commissi delicti*, jamais legitimam uma sentença penal condenatória. (LOPES JR., 2013, pp.707-708).

Como a confiabilidade dos indícios é bem menor do que a confiabilidade das provas, aqueles não podem substituir a necessidade destas numa condenação, sob o crivo de que, a partir de sua função, os indícios “limitam ou filtram o conteúdo da acusação.” (SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 92).

3. PROCESSO CONSTITUCIONAL: O NOVO CONCEITO DA PROVA PENAL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO

Destaca-se que, dentre os princípios e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Carta Magna promulgada em 1988, estão presentes o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório e, especialmente, a inadmissibilidade da obtenção de provas por meios ilícitos, que, além de serem direitos e deveres dos indivíduos, limitam também o poder de atuação do Estado, como forma de garantir que o processo assegure o princípio da dignidade da pessoa humana.

O processo constitucional, qualquer deve pautar-se pelo interesse público, mas é importante frisar que este interesse não permite a supressão dos direitos individuais. Além disso, o poder que o Estado possui não pode se apresentar autoritário e arbitrário, é preciso que esse poder seja democraticamente exercido, passando por um recorte constitucional. Na obra *Processo Penal Constitucional e Estado Democrático de Direito*, Ronaldo Brêtas coloca:

Em razão disso, a manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional. (DIAS, 2012, p. 35).

Desse modo, o processo, em especial o penal, necessita expressar-se democrático, partindo do plano constitucional, em restrita observância de direitos e garantias fundamentais; destarte, a dialética processual e a comparticipação, características do devido processo constitucional, são formadoras do modelo acusatório de processo penal, contrário ao modelo inquisitório, marcado pela horizontalidade e hierarquização do Estado sobre o cidadão (DAMASKA, 2000), tratado como mero objeto de direito.

3.1. O Código De Processo Penal de 1941

O processo penal brasileiro sofreu profundas modificações com a promulgação da Constituição da República de 1988, mas a origem do Código de Processo Penal está na ditadura de Vargas e foi criado por decreto-lei em 1941, um ano após o decreto que instituiu o Código Penal. O surgimento do CPP, nas lições de Eugênio Pacelli: “Inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o CPP brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem.” (OLIVEIRA, 2011, p.5).

O modelo inquisitório demonstra como o processo penal é um reflexo do momento histórico vivido na sua criação; nasce daí a necessidade de se compreender o processo penal sob o prisma constitucional, pois este novo viés tem o caráter democrático.

Não havia que se falar, portanto, em princípios e, muito menos, na força destes como fonte do direito processual penal; assim, dignidade da pessoa humana, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa não faziam parte do objetivo do processo: a condenação e a supressão de direitos autoritariamente, representando a força do Estado sobre as pessoas e não a soberania popular. Sobre aquele momento, Pacelli relata:

Voltando ao passado, o princípio fundamental que norteava o CPP, então, era o da presunção de culpabilidade. Manzini, penalista italiano que ainda goza de grande prestígio entre nós, ria-se daqueles que pregavam a presunção de inocência, apontando uma suposta inconsistência lógica no raciocínio, pois, dizia ele, como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente? (OLIVEIRA, 2011, p.6).

É de grande relevância destacar que no processo inquisitorial, homiziava-se o autoritarismo pelo “bem geral”, pela “paz social”, discurso ainda presente na atualidade. Geraldo Prado denuncia acertadamente este disfarce: “O autoritarismo, todavia, expressava-se pela superioridade do coletivo sobre o individual, mas o coletivo não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado.” (PRADO, 2014, p. 25).

Além do dogma da verdade real que será trabalhada no item 3.2, o processo penal desde 1941 estava marcado por diversas facetas contrárias a um modelo processual que em seu cerne garantisse a liberdade individual; em vez disso, o processo se pautava no interesse público que não era do povo, mas sim, de um Estado autoritário.

Portanto, é preciso romper com a cultura inquisitorial, partindo do fortalecimento das bases constitucionais do processo, reconhecendo-as como bases de todo o ordenamento jurídico.

3.2. A verdade real e a necessária limitação à atividade probatória

É conhecido que o sistema processual inquisitorial fora marcado por diversas atrocidades processuais, entre elas a busca pela verdade (reprodução histórica do ocorrido), que tinha como resultado catastrófico o decisionismo e a parcialidade do magistrado, de modo que o Estado se via desimpedido de fazer o que fosse “preciso” para conseguir “descobrir a verdade”.

Como o Código de Processo Penal brasileiro é de 1941, as provas e os meios de prova não estavam bem delimitados e definidos na legislação, tendo em vista que era inquisitorial o processo. Ora, se o objetivo do sistema inquisitório pauta-se na maquiavélica ideia de que os fins (verdade real) justificam os meios (construir provas a todo custo), era prescindível a regulamentação e a limitação da atividade probatória. Acertadamente, pondera Geraldo Prado:

A simplicidade das normas de regência do Código de Processo Penal (CPP) de 1941, sobre o assunto, levava em conta a ideia-força de que os fins justificavam os meios. E a presunção de que o processo seria capaz de se constituir em instrumento de acesso à verdade demitia a lei da tarefa de regular as atividades probatórias e definir o papel das partes na formação da convicção judicial. (PRADO, 2014, p.21).

Há uma grande necessidade de que seja limitada a atividade probatória, superando o interesse da punição como objetivo do processo e definindo sua principal e primordial função

o respeito à Carta Magna e os direitos nela previstos; somente assim, o processo deixará de tratar o acusado como objeto (sistema inquisitório) e o colocará como sujeito de direito, que de fato é (sistema acusatório).

Ademais, a verdade deve pautar por aquilo que o processo for licitamente testado, de modo que o resultado seja a verdade processual. A transição da verdade real para a verdade processual consiste também em mais um marco da transição inquisitorial antidemocrática para o sistema acusatório constitucional.

A prova, neste momento, adquire nova configuração e sua limitação se dá mediante a necessidade da adequação das práticas probatórias ao processo constitucional e ao Estado Democrático de Direito. Prado assim assevera:

Enquanto o passado inquisitorial brasileiro fundava o processo na busca da verdade real, como chave para a admissão de quaisquer práticas probatórias capazes de sustentar o convencimento do juiz acerca da culpabilidade do suspeito e/ou acusado, e, portanto, a temática da prova estava despida de maior complexidade, a domesticação do poder punitivo pelo Estado de direito reconheceu o caráter sensível e sofisticado da atividade probatória. (PRADO, 2014, p.21).

Portanto, a limitação à atividade probatória consiste num importante marco de transição entre a inquisição e os ideais iluministas.

3.3. O Processo Penal Constitucional e o novo conceito de prova

A transição política vivida no país ao fim da década de 1980 proporcionou também a transição do sistema processual penal brasileiro, que tenta se desvencilhar das amarras inquisitórias para assumir a feição acusatória. Nessa nova formação (de processo constitucional), o objetivo do processo, em especial do penal, passa a ser, primariamente, a preservação dos princípios assegurados na Constituição.

Flaviane de Magalhães Barros e Felipe Amorim Machado identificam, com bastante acerto, essa necessidade supracitada de ser processo um dos reflexos da Constituição da República: “Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional.” (BARROS; MACHADO, 2011, p.17).

Mas é importante ressaltar que o processo ainda está marcado por traços inquisitoriais e que as mudanças ocorridas não foram imediatas a partir da Constituição, mas graças a ela e dela derivaram-se as mudanças, em especial quanto ao acusado, preservado pelos princípios constitucionais.

Dizer que o processo penal parte da configuração constitucional, significa inclinar-se à afirmação de que nele haverá um juiz imparcial; além disso, com essa configuração, o acusado no processo deixa de ser objeto de direito e passa a ter status de sujeito de direito, situação que assegura os princípios da presunção de inocência ou não culpabilidade e da dignidade da pessoa humana, de modo que não podem ser deixados de lado no processo, como alerta Waldir Miguel dos Santos Júnior:

Negligenciar o princípio da presunção de inocência significa negligenciar o próprio processo penal como um todo, pois dele decorre: ônus probatório a cargo da acusação; do direito ao silêncio do investigado ou acusado; enfim, de todo um esforço de construção de um processo penal democrático e a efetivação de direitos fundamentais estão estruturados em cima dele, se ele ruir, tudo vem abaixo. (SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 62).

Com esse novo formato (sendo o juiz imparcial e o acusado sujeito de direitos sob o manto da presunção de inocência), outro princípio estará em destaque, qual seja, o da separação das funções no processo; será necessário que a acusação prove as suas alegações, buscando levar ao julgador provas do alegado.

Portanto, o processo penal constitucional tem em sua essência a garantia dos direitos fundamentais, de modo que seja, assim como deve ser todo o ordenamento jurídico, uma expressão do Estado de Direito. Neste viés, é importante demonstrar como a prova se insere na formatação do processo desde o rompimento com o regime ditatorial e promulgação da Constituição em 1988.

3.3.1 A função da prova e a vedação das provas ilícitas

O instituto da prova adquire ainda mais importância quando o princípio da presunção de inocência deposita o ônus probatório à acusação, que deverá demonstrar a veracidade dos fatos alegados, a fim de buscar o convencimento do magistrado. Assim, a prova que se pretende produzir no processo também deverá observar as garantias constitucionais. Como destaca Pacelli (2011), ao órgão acusador caberá provar a existência do crime e também a autoria deste delito.

Com as alterações dadas ao CPP em 2008, através da Lei 11.690, deu-se uma atenção especial ao instituto da prova, sua qualidade e inserção no processo, sem a contaminação inquisitorial ou inconstitucional deste. Faz Geraldo Prado uma análise dos artigos 155 à 159 do Código de Processo Penal, de acordo com a “minirreforma” ocorrida. Assim, o referido autor apura:

Da exigência de que elementos informativos não se confundam com provas (art. 155) à previsão de assistente técnico, relativamente às perícias (art. 159), o que se observa é que o ingresso do contraditório no cenário da produção da prova e os efeitos provocados quanto à avaliação denotam o duplo esforço: pela melhor prova possível, como meta para a acusação suplantar a presunção de inocência; por um trajeto normativo indispensável para a aquisição desta prova, sua introdução no processo e, ao final, sua avaliação pelo juiz, como condições de validade das atividades probatórias (art. 157). (PRADO, 2014, pp. 38-39).

A prova penal, portanto, é de suma importância para o processo, sendo ela a construção da verdade processual e da decisão ao final do processo proferida, a partir de sua apreciação. Não obstante, a Constituição da República, no inciso LVI do artigo 5º, prevê que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988); sendo tal vedação fora inserida no Código de Processo Penal em 2008, a partir da Lei 11.690.

A vedação supracitada, constante da Constituição da República de 1988, ratificada e introduzida no Código de Processo Penal em 2008 tem, claramente, o culhão de limitar o poder estatal frente a uma relação desproporcional de Estado e indivíduo, que precisa estar de algum modo amparado, não só por causa sua, mas também em prol de um Estado de Direito que pretenda ser Democrático.

Se para a condenação fosse possível a produção de provas ilícitas, os fins justificariam os meios e essa máxima não prevalece em um devido processo constitucional, isto é, se não houvesse limitação quanto à atuação probatória, o caminho traçado retrocederia ao sistema inquisitório de processo que em nada condiz com os princípios constitucionais e com o Estado Democrático de Direito.

3.4. As medidas propostas pelo MPF como retrocesso à inquisitorialidade

Como demonstrado, ficou bem evidenciada a dissonância entre o CPP de 1941 e o viés constitucional de processo a partir da Constituição de 1988. Os princípios constitucionais assegurados, em especial a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa, bem como a vedação das provas ilícitas são princípios basilares e que têm como razão imediata de existência o rompimento com o modelo anterior de processo, visto que o modelo inquisitório ignorava quaisquer barreiras a fim de perseguir a condenação.

Noutro ponto, o cenário atual vivido na política brasileira está marcado por diversos episódios que maculam e causam descrédito imenso por parte da população em geral. Esse descrédito culmina em grandes anseios e revolta por parte da sociedade.

No entanto, a resposta a esses anseios, ou melhor, a resposta jurídica a esse cenário político atual deve estar pautada na Constituição da República de 1988 e práticas processuais condizentes com o modelo acusatório e de processo, e ainda, condizentes com a própria busca pelo Estado de Direito que quer ser Democrático.

Mas a resposta jurídica dada pelo Ministério Público Federal não foi convincente para o Estado Democrático de Direito; muito pelo contrário, o MPF propôs dez medidas contra a corrupção, que atentaram muito mais contra a própria Constituição do que contra a corrupção, representando um retrocesso ao sistema inquisitório.

Com tais medidas, recorda-se a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios e, ademais, remota àquela ideia de que o processo seria o coletivo frente o individual, mas o coletivo, como já dito nesse capítulo, era o Estado, frente a um indivíduo tido como objeto do processo e não sujeito de direito.

Ressalta-se que o tema fulcral deste estudo não é a proposta feita pelo MPF, mas não é possível ignorar tais medidas após um relato histórico do que foi, do que é e do que pretende ser (constitucional-democrático) o processo penal.

Cabe destacar algumas das referidas medidas, aceitas como legítimas à quem promove a ideia de que os meios são justificados pelos fins, e tidas como atentatórias à quem reconhece a dificuldade para a conquista de garantias fundamentais.

Inicialmente, o Anteprojeto de Lei 2, no artigo 3º (Medida 1), dispõe:

Art. 3º Os testes de integridade consistirão na simulação de situações sem o conhecimento do agente público, com o objetivo de testar sua conduta moral e predisposição para cometer ilícitos contra a Administração Pública. (MPF, 2015).

Ou seja, desrespeitando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência ou não culpabilidade e ainda desrespeitando a honra subjetiva do indivíduo, o artigo supracitado prevê a possibilidade de se forjar um flagrante, de modo que um “crime” ganha existência antes mesmo da ação do agente administrativo, visto que a iniciativa para configuração do delito não parte deste.

Aceitar o flagrante forjado significa relativizar e flexibilizar o inciso LVI do artigo 5º da Carta Magna, aceitando-se que se entranhe prova ilícita ao processo; além do flagrante forjado, vale ressaltar que a medida 7 proposta veio a propor dez hipóteses ao artigo 157 do Código de Processo Penal, que permitem a prova ilícita no processo penal.

Adiante, a medida 4 tem como fundamento a celeridade processual e como objetivo a celeridade, visando a barreira aos recursos que sejam meramente protelatórios, segundo a

proposta do MPF. Entretanto, configura-se a medida como um retrocesso ao sistema inquisitório, como se o processo penal não fosse para o réu, no sentido de considerá-lo sujeito de direito, mas sim como se a satisfação processual é a condenação, o alcance da pretensão punitiva.

O anteprojeto 7 propõe em seu artigo primeiro:

Art. 1º Acresça-se o art.580-A ao Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “Art. 580-A. Verificando o tribunal, de ofício ou a requerimento da parte, que o recurso é manifestamente protelatório ou abusivo o direito de recorrer, determinará que seja certificado o trânsito em julgado da decisão recorrida e o imediato retorno dos autos à origem.” (MPF, 2015).

O problema que se verifica na proposta do artigo primeiro do Anteprojeto 7 (Medida 4) é a linha tênue que separa protelação de ampla defesa, e o “sujeito de direito” estará numa corda bamba, devendo cair para o lado em que o Tribunal decidir. Muito acertada é a crítica que faz Aury Lopes Jr., no artigo denominado “Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...”:

É evidente que isso desloca para o julgador o poder de vida e de morte do direito de defesa a partir dos seus referenciais, do seu “livre convencimento”, com todos os riscos e perigos que encerram o decisionismo e o “decido conforme a minha consciência”. (LOPES JR., 2015).

Ainda para que a Medida 4 tenha seus objetivos alcançados, o Anteprojeto 9 prevê multa para quem propor embargos declaratórios e estes forem considerados meramente protelatórios pelo Tribunal. Ademais, um novo recurso, dependerá de depósito de 10 (dez) vezes o valor da multa.

Essas são algumas das dez medidas corrupção, que não encontra nenhum respaldo na Constituição da República de 1988.

Se o acusado está situado no marco do Estado Democrático de Direito, em processo penal acusatório, conclui-se que ele será presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ainda, tal sentença depende da atividade das provas (estas, sob o manto constitucional e sob o crivo do controle epistêmico).

Como, portanto, o acusado devolverá a quantia desviada se ele nem mesmo foi condenado pelo desvio dessa quantia? Aqui se verifica o quão drástica é a busca pela verdade real, sobrepondo princípios norteadores de todo o ordenamento, como é o caso da presunção de inocência ou não culpabilidade.

Ou seja, o que está exposto é que, antes mesmo de formada a culpa, poderá ser decretada a preventiva, e o motivo é social e “coletivo” (vide 3.1): a luta contra a corrupção.

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho adverte:

Assim, ninguém é a favor ou pode ser a favor da corrupção; mas ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for, por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que seja ele o combate à corrupção. (COUTINHO, 2015).

Neste cenário, as inquisitórias propostas feitas pelo MPF consistem em tratar o agente administrativo como objeto do Estado, o que a Constituição de 88 buscou romper.

4. A INDISPENSABILIDADE DO CONTROLE EPISTÊMICO DA PROVA PENAL

Buscar a verdade no processo é a atividade primordial das provas, que, justamente por isso, detêm um lugar de destaque no processo. Mas, além da licitude e legitimidade das provas, estas ainda precisam estar sob o manto do controle epistêmico, como será abordado.

Inicialmente, é preciso a compreensão sobre a epistemologia e como esta influi para o conhecimento, deixando este de ser algo posto (contemplativo) para se tornar a superação do pré-conceito e do senso comum (operativo).

O vocábulo epistemologia tem origem grega e significa teoria do conhecimento (episteme = conhecimento/ciência; logos= discurso). Neste sentido, entender a epistemologia como uma teoria que tem como ponto de partida uma análise histórica, do presente para o passado, de modo que este trabalho regressivo leve ao conhecimento.

Exponente deste pensamento é o filósofo e historiador Gaston Bachelard. Referido autor é marcado pela oposição ao positivismo de Auguste Comte e por refutar que um conhecimento seja determinado sem o devido estudo histórico do mesmo.

Ou seja, o trabalho epistemológico consistirá não no descrédito do que é aparentemente a “verdade”, mas sim no trabalho recognitivo, no sentido de buscar as fontes e a trajetória histórica que culminou na concepção de referido conhecimento, que poderá, a partir daí, ser dito verdadeiro ou não.

Assim, romper com o aparente, com o senso comum é o primeiro passo para se chegar à legitimação do conhecimento que é colocado. Por isso, Gaston Bachelard propõe uma filosofia epistêmica porque entende que o positivismo, por si só, não pode justificar um conhecimento. Nos ensinamentos de Bachelard:

Tudo aquilo que se nos depara na história do pensamento científico está bem longe de servir efetivamente a evolução desse pensamento. Certos conhecimentos, mesmo sendo justos, fazem cessar demasiado cedo pesquisas úteis. O epistemólogo tem, assim, de fazer uma triagem dos documentos recolhidos pelo historiador. Deve julgá-los do ponto de vista da razão, e mesmo do ponto de vista da razão evoluída, porque só nos nossos dias é que podemos julgar plenamente os erros do passado espiritual. (BACHELARD, 2006, p. 167).

Não se trata de um trabalho empírico ou histórico isoladamente, há de se obter a partir do trabalho cognitivo ou recognitivo uma conclusão raciocinada, mediante uma análise crítica racional, pois “somente só a razão dinamiza a pesquisa, pois só ela sugere, para além da experiência comum (imediate e especiosa) a experiência científica (indireta e fecunda).” (BACHELARD, 2006, p. 167).

Interrogar, pois, a justificação do resultado de uma experiência científica é o que deve nutrir a relação conhecimento-verdade. A ciência é intervencionista e, por esse motivo, não deve caminhar para a certeza totalitária.

É preciso a quebra dos já mencionados objetos de percepção comum, em outras palavras, o conhecimento imediato não pode ser tomado, precipitadamente, como verdade, munido de um absolutismo abstrato; deve o conhecimento ser concebido mediante um trabalho de questionamentos e análises históricas capazes de justificar esse conhecimento.

Portanto, para se validar uma ciência, um conhecimento, é imprescindível o trabalho histórico de modo regressivo, ou seja, partindo do presente para o passado. Assim é o trabalho epistêmico do controle da prova penal.

E a epistemologia, no âmbito da prova penal é exatamente um exercício rastreador do percurso da prova, desde a colheita dos elementos informativos até a instrução probatória no processo penal.

4.1. A cadeia de custódia como sustentáculo do necessário filtro constitucional

O eixo compreensivo da cadeia custódia consiste na imprescindibilidade do controle epistêmico da prova penal. Em se compreender a necessidade da conduta filosófica de se conceber o conhecimento a partir do estudo histórico deste. No contexto processual penal, a instrução probatória deve estar guardada sob o manto desse estudo histórico e de controle epistêmico, sendo imprescindível rastrear as fontes das provas.

Ora, diante das mudanças legislativas do processo penal desde a Constituição promulgada em 1988, é ainda imprescindível uma mudança na filosofia da concepção do processo como processo constitucional. Como já dito no capítulo anterior, é preciso que a

cultura inquisitorial seja desenraizada, dando lugar à concepção de processo como garantia de direitos, e não como execução da repressão autoritária e decisionista.

Ou seja, a tarefa de legitimar o processo penal enquanto modelo constitucional compatível com o Estado Democrático de Direito vai além da função legislativa, envolve todas as partes do processo, especialmente o magistrado, todos na função precípua de contribuir com a compatibilidade entre o processo e o Estado Democrático de Direito.

Uma das maneiras mais importantes para se chegar a esta legitimidade do processo e romper com a mentalidade inquisitiva é o controle da prova penal, não só limitando a atividade probatória, mas também constituindo um filtro constitucional da prova produzida, desde os meios até sua produção propriamente dita, como sintetiza Geraldo Prado:

Em um processo acusatório este controle vertical dos elementos probatórios, que incide sobre as informações aportadas pelas partes, torna-se indispensável não apenas para assegurar a eficácia do contraditório como também para garantir que o processo, como entidade epistêmica, esteja eticamente fundamentado. (PRADO, 2014, p. 45).

Saber, pois, que a proibição das provas ilícitas será verificada consoante um controle epistêmico pode funcionar como um desestímulo às agências repressivas de utilizar-se de práticas ilegais para obtenção da punição, tomando como exemplo as temerárias medidas propostas pelo MPF.

Sintetizam Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa, acerca da cadeia de custódia da prova:

A cadeia de custódia exige o estabelecimento de um procedimento regrado e formalizado, documentando toda a cronologia existencial daquela prova, para permitir a posterior validação em juízo e exercício do controle epistêmico. (LOPES JR.; ROSA, 2015).

Esse cuidado com a prova consiste no trabalho epistêmico de averiguação de toda a cronologia, a partir do registro do trajeto das evidências, seu manuseio, objetivando a inviolabilidade da prova, observando-se os princípios da “mesmidade” e da “desconfiança”.

À primeira leitura, pode-se inferir que a problemática que envolve a necessidade do controle epistêmico seja a subjetividade do agente estatal; entretanto, evitar a quebra da cadeia de custódia vai muito além desse aspecto subjetivo: trata-se de critérios pautados pela objetividade, ou seja, é uma custódia da prova e não uma fiscalização de quem a manuseia ou transporta.

Segundo Geraldo Prado: “No caso de quebra da cadeia de custódia não se cogita de perquirir sobre a boa ou má-fé dos agentes policiais que manusearam o produto da atividade de investigação dos meios de prova.” (PRADO, 2014, p. 83).

Assim, pelo princípio da “mesmidade”, depreende-se que a prova deverá ser a mesma que foi colhida. Quando não se obedece ao filtro constitucional ou quando se fragmenta a prova colhida (item 4.4), não há obediência ao referido princípio. Desse modo, não há alternativa a não ser o desentranhamento da prova do processo.

Esse desentranhamento é o resultado da ilicitude probatória, conforme o já citado inciso LVI, do artigo 5º da Constituição Federal. Ora, de fato não existe um dispositivo legal específico acerca da cadeia de custódia da prova, entretanto, a partir da “minirreforma” do processo penal ocorrida em 2008, o processo sofreu uma remodelagem que culminou na tripartição do processo, nas fases de: investigação criminal, admissibilidade da acusação e instrução probatória.

Apesar de o processo penal ainda estar longe do que se espera de um devido processo constitucional, a atual estrutura procedimental do processo penal permite ao magistrado, assim que deflagrada a inicial acusatória, decidir pela admissibilidade ou inadmissibilidade da denúncia, qualquer que seja o procedimento.

Essa fase de admissibilidade ou rejeição da inicial acusatória tem grande relevância para o sistema acusatório de processo, reconhecendo, pois, o princípio da presunção de inocência, como bem relata Geraldo Prado:

A concepção de uma etapa intermediária deriva, diretamente, da noção de um processo penal acusatório orientado pela presunção de inocência, cuja superação requisita atividades pautadas pelo respeito à dignidade da pessoa. (PRADO, 2014, p. 46).

O exercício do controle epistêmico deverá ser realizado, desde à investigação, quando o juiz das garantias, tendo seu primeiro contato com elementos indiciários, irá fiscalizá-los, realizando desde logo o controle epistêmico, verificando se a cadeia de custódia está ileso.

Ou seja, a posteriori, a denúncia feita pelo órgão acusador não goza de absoluta admissibilidade, devendo o magistrado decidir observando os princípios constitucionais-democráticos que circundam o sistema acusatório de processo.

4.2. A fase de investigação, os métodos ocultos e a figura do juiz das garantias

É importante compreender que, ainda que a investigação policial consista em fase pré-processual, são eles que embasam a denúncia e, portanto, dissociá-la totalmente do processo e, conseqüentemente, excluí-los do controle epistêmico é tarefa impossível.

Pois bem, se a fase investigativa guarda relação com o processo e, concluindo que não são estanques aquela e esta, o modelo de processo constitucional deve ser também base para a fase de inquérito.

Por mais que ainda não haja um processo penal formado (que será deflagrado com o oferecimento da denúncia), não pode a fase investigativa destoar da Constituição da República, especialmente por consistir num procedimento administrativo; assim, é impossível falar-se em investigação sem o controle constitucional do referido procedimento. Frisa-se o disposto no art. 5º, inciso LV da Carta Magna: “aos litigantes, *em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*” (BRASIL, 1988).

Problematizar essa situação vai muito além da análise subjetiva do agente que manuseia ou conduz a produção da prova, como já ficou demonstrado; em verdade, a problematização é objetiva: na atual estrutura vivida, em que, infelizmente, tem-se vulgarizado a utilização dos métodos ocultos de investigação, é obrigação das partes e do juiz prezarem pela preservação da cadeia de custódia da prova.

4.2.1 A investigação no sistema brasileiro

A fase de investigação preliminar consiste basicamente em uma preparação para o processo penal e goza de grande importância, como bem aponta Aury Lopes Júnior:

[...] a fase pré-processual (inquérito, sumário, diligências prévias, investigação etc.) é absolutamente imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional. (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 254).

Assiste razão a ideia do referido autor supracitado, uma vez que o percurso traçado deverá respeitar cronologicamente um estudo prévio de investigação pela polícia judiciária, para depois da colheita e reunião de elementos necessários acerca de um determinado fato, o processo possa ser deflagrado.

Como fornecedor de elementos que possam levar o órgão acusador a de fato propor a ação penal, o inquérito policial deve se situar no importante trabalho de proteção ao princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade, como bem aduz Waldir Miguel dos Santos Júnior:

Na investigação não cabe nenhuma presunção de culpa, nenhum juízo de valor antecipado, simplesmente porque a investigação prepara tão somente a hipótese acusatória, delimitando o seu conteúdo e impedindo acusações levianas. (SANTOS JÚNIOR, 2016, p.74).

Ainda como lembra o autor supracitado (2016), a fase investigatória consiste/deve consistir em preparação para o processo penal e não em antecipação de uma sentença condenatória.

Entretanto, o inquérito policial passa por crise denunciada não só pela defesa, que apela pelo contraditório e outras garantias, mas também pelo órgão acusador que cobra maior celeridade para conclusão da investigação e do julgador, que além da celeridade, reclama também a confiabilidade dos elementos.

O controle epistêmico apresenta uma maneira de a investigação dar ao processo maior confiabilidade, especialmente pela cadeia de custódia da prova, ou seja, pelo zelo com relação aos elementos informativos colhidos.

Acertadamente, Aury Lopes Jr. afirma a necessidade da investigação, assim sintetizando: “Se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 262).

Por fim, é importante diferenciar os atos de prova dos atos de investigação, sendo que os primeiros integram o processo, servindo à sentença e, portanto, à convicção do julgador, enquanto os segundos formam um juízo de probabilidade apenas, para que embase a deflagração da ação penal pelo acusador.

4.2.2 Os métodos ocultos de investigação

A utilização dos métodos ocultos de informação – tais como interceptação telefônica, escutas domiciliares e infiltrações – é sim cabível e necessária, observando-se sempre a necessidade que o caso concreto exprimir. No entanto, facilitar a violação de direitos em casos que outros meios de prova mais brandos poderiam ser empregados acaba por converter esses métodos de caráter excepcional em métodos de atuação preliminar.

Essa banalização e preferência pelos métodos ocultos de investigação em vez de métodos menos invasivos e danosos aos direitos e garantias fundamentais acabam por confundir os sentidos, porque muitas vezes não são estabelecidas diferenças entre os meios de prova e os meios de investigação.

Cria-se a ideia de verdade (já criticada no capítulo anterior), remontando-se à cultura de processo penal como busca da verdade real, o que é denunciado por Geraldo Prado:

Esse raciocínio resulta do fato de que, no campo dos métodos ocultos de investigação, as inovações tecnológicas introduzidas parecerem capazes de realizar os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência: assegurar o acesso à realidade como objeto autônomo de conhecimento, totalmente desvinculado do sujeito. Algo como ter acesso “à verdade como ela é”, “à verdade real” ou ao “fato puro”. (PRADO, 2014, p.69).

A confiabilidade do material colhido a partir de métodos ocultos de investigação não pode ser garantida senão mediante o controle epistêmico da cadeia de custódia desse material, como bem destaca Geraldo Prado:

A indispensabilidade de um eficiente sistema de controles epistêmicos goza de especial importância nos dias atuais, porque vulgarizou-se o apelo, no âmbito da investigação, aos métodos ocultos de pesquisa (interceptação das comunicações e afastamento de sigilos) e de um modo geral a totalidade dos elementos informativos que subsidiam acusações encontra-se alicerçada em elementos obtidos dessa maneira. (PRADO, 2014, p. 43)

Por isso, há a necessidade de um controle específico na investigação, de modo que seja garantida a própria legitimidade do inquérito. Dada importância da investigação preliminar e em virtude da necessidade de se adequar todo o sistema criminal brasileiro aos moldes constitucionais, uma nova figura aparenta ser uma interessante saída para esse problema.

4.2.3 A figura do juiz das garantias

Uma hipótese de controle da cadeia de custódia da prova penal advém do anteprojeto de lei do novo Código de Processo Penal de 2009, hoje Projeto de Lei 8045/2010 proposto pelo Senado, que prevê, dentre outras mudanças, a criação da figura do juiz das garantias, que atuará na fase de investigação com o fim de preservar as garantias que tem o indivíduo investigado e buscando garantir a adequação da investigação ao modelo constitucional de processo.

Como já destacado, o arranjo do sistema criminal brasileiro, sob a ótica da Constituição de 1988, deve zelar por uma investigação que preze os direitos e garantias fundamentais do investigado.

Claro que poderá ocorrer a relativização de algumas garantias, como liberdade e intimidade, mas a própria necessidade de se relativizar tais direitos deve ser realmente verificada para tanto.

Não se trata, vale ressaltar, de adentrar no mérito da subjetividade do agente estatal e nem é uma hipótese de questionar a capacidade de a autoridade policial conduzir a investigação, entretanto, a figura do juiz das garantias, como explica Waldir Miguel dos Santos Júnior: “sua presença na investigação é o de guardião da legalidade e dos direitos individuais fundamentais do investigado, afastando a lógica inquisitória”. (SANTOS JÚNIOR, 2016, p. 101).

Afastar a lógica inquisitória e adequar a investigação ao sistema acusatório de processo, especialmente a partir da presença do juiz das garantias, significa legitimar a própria investigação criminal, que tem notável lugar no sistema criminal, especialmente no que tange a investigação como base para a propositura da ação penal pelo órgão legitimado.

Não obstante, Geraldo Prado esclarece que “a violência empregada pela polícia tem como alvo os direitos fundamentais das pessoas, razão pela qual o controle dessa força é indispensável” (PRADO, 2014, p. 51).

Ora, se por um lado será indispensável salvaguardar os direitos fundamentais durante a investigação, por outro, os princípios da imparcialidade e do juiz natural estariam a salvo se o juiz que for exercer o controle dessas atividades for uma figura externa ao processo.

A inclusão do juiz das garantias associada a exclusão física das peças do inquérito policial dos autos do processo, seria um bom início de rastreamento da cadeia de custódia da prova, sendo que ainda hoje tais peças são valorizadas na decisão justamente porque o artigo 155 do CPP, apesar de proibir que o juiz decida exclusivamente com base nos elementos informativos, deixa aberta uma janela para que em conjunto com outro elemento (probatório) do processo. Dispõe o referido dispositivo:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (BRASIL, 1941).

Esse perigo de contaminação do julgador e a necessidade de serem diversos juiz da fase de investigação do juiz da fase instrutória podem ser facilmente verificados quando da

teoria da dissonância cognitiva; tal teoria, grosso modo, pode ser entendida quando, havendo uma cognição preexistente aparentemente (uma crença), outra surge em conflito com a primeira, o que gera no sujeito a necessidade de pacificar algo e, muitas das vezes, será comum que o indivíduo desvalorize a segunda informação ou lhe apresente empecilhos que lhe permitem existir, mas sem eficácia.

Ora, se o juiz cria, na fase de investigação, uma premissa e este mesmo juiz se vê diante de outra informação na instrução do processo, haverá o conflito supramencionado, o que coloca em perigo todo o processo, como conclui Aury Lopes Júnior:

[...] os juízes dotados de conhecimentos dos autos (a investigação) não apreenderam e não armazenaram corretamente o conteúdo defensivo presente na instrução, porque eles só apreendiam e armazenavam as informações incriminadoras que confirmavam o que estava na investigação. (LOPES JR., 2014).

Assim, decisões de prisões preventivas e autorizações de métodos ocultos (como quebra de sigilo e interceptações telefônicas), entre outros contatos do juiz com a fase pré-processual irão lhe proporcionar uma crença consciente ou inconscientemente e, durante a fase processual, sua atividade provavelmente estará comprometida.

Nesse viés, é isso que sustenta a necessária exclusão física dos autos do inquérito, ressaltando, por óbvio, provas cautelares ou técnicas irrepetíveis.

Pois bem, é isso que objetiva a criação do juiz das garantias: uma figura imparcial que preserve a investigação e que lhe controle, ao mesmo tempo em que não faça parte do processo, quando deflagrada for a ação penal.

4.3. O direito à defesa de rastrear as fontes da prova

São garantidos pela Carta Magna o contraditório e a ampla defesa, princípios consagrados no artigo 5º, inciso LV da Constituição. Cabe ressaltar, no entanto, que o exercício da ampla defesa vai além da possibilidade de a parte se defender daquilo que lhe é dado conhecimento no processo.

Assim, valendo-se da epistemologia de Gaston Bachelard, como já fora apresentado, o conhecimento não pode ser simplesmente o trabalho receptivo daquilo que lhe é aparente, sendo necessário o esforço racional acerca da concepção do conhecimento.

Logicamente, é direito da defesa o acesso à prova, e esse acesso vai muito além da prova que é utilizada pelo órgão acusador: a colheita, todo o processo de manuseio dos

elementos informativos e, especialmente, as fontes de prova devem ser acessíveis à defesa, como pondera Geraldo Prado:

O conhecimento das fontes de prova pela defesa é fundamental, porque a experiência histórica que procede a expansão da estrutura trifásica de procedimental penal, adequada ao modelo acusatório, contabiliza a supressão de elementos informativos como estratégia das agências de repressão que fundam as suas investigações em práticas ilícitas. (PRADO, 2014, p. 48).

O ônus probatório incumbe a quem alega as acusações, todavia, dizer que o ônus de provar é da acusação não significa dizer que a acusação pode fragmentar os elementos que foram colhidos, levando ao processo apenas o que lhe interessa daquela colheita.

Deveras, os métodos ocultos de investigação que não permitem, inicialmente, o contraditório e a ampla defesa requerem um controle judicial (nesse momento, suspende-se a ideia do juiz das garantias). Esse controle é realizado à distância pelo juiz porque a prova não é produzida em sua presença, o que torna ainda mais preciso que as partes, em especial aquela cujos métodos ocultos incidiram, tenham como se defender, podendo, inclusive apresentar contraprovas e, isso só será possível mediante conhecimento dos elementos e fontes das provas que lhes foram desfavoravelmente produzidas.

Portanto, há de se concluir que o acesso às fontes de prova pela defesa é um importante meio que lhe permite identificar e arguir a existência de provas ilícitas no processo; além disso, quando não há acesso à integralidade dos elementos fica impossibilitado saber se alguma prova aparentemente lícita pode ter sido derivada de outra eivada de ilicitude e, segundo o princípio da desconfiança, referida prova haverá de ser desentranhada, por não haver suporte que lhe dá a segurança de licitude.

É uma espécie de ciclo vicioso: a todo o momento neste estudo, quando se fala da supressão de direitos e a verificação crítica de práticas tendenciosas à prejudicialidade do acusado, há conseqüentemente a percepção de retrocesso à inquisitorialidade.

Diversos são princípios afetados pela supressão do direito de a defesa rastrear as fontes de prova (na íntegra); com o cerceamento de defesa, são afetados os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e, em especial, da vedação das provas ilícitas, pois a forma de obtenção ilícita acarreta a ilicitude da prova produzida e das demais que sejam produzidas por derivação.

5. COSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante todo o exposto, é possível extrair do estudo realizado a necessidade da constante construção do pretendido Estado de Democrático de Direito, senão como mera utopia não servirá ao plano prático das relações sociais.

Se por um lado buscou-se conceituar a prova segundo seu precípua objetivo no processo penal, por outro, demonstrou-se como a inserção da prova no processo carece de um controle específico capaz de fornecer segurança a ela e ao processo.

Esse controle é marcado pela epistemologia, ou seja, por um trabalho incessante em busca de rastrear as fontes e a cadeia de custódia da prova penal, averiguando-se a ocorrência ou não da quebra da cadeia de custódia da prova. Nesse sentido, importante a epistemologia de Gaston Bachelard, pois a crença num conhecimento a partir dos sentidos sensíveis humanos é insuficiente e carece da necessidade de percorrer o caminho que culminou neste conhecimento.

Como ficou evidenciado, falar desse controle da prova no modelo processual penal autoritário não faz sentido, justamente porque o objetivo da prova neste sistema (inquisitório) não é o mesmo que a prova possui no modelo constitucional; no sistema inquisitório, a atividade probatória consistia basicamente na produção da verdade que pudesse embasar a condenação que já era previsível, sobretudo em razão do princípio da culpabilidade, reitor desse sistema processual.

Noutro cenário, qual seja o constitucional, o viés adotado pela atividade probatória é outro, perseguindo não a condenação do acusado, mas sim construindo uma ponte que leve a procedência ou não, de determinada acusação, mediante contraditório, ampla defesa e sob o manto da licitude probatória.

Portanto, dada a limitação da atividade probatória e mudança do cerne de sua função, é preciso, ademais, que a segurança jurídica dessa atividade subsidie a decisão ao fim do processo. Se antes, a prova era meramente um componente de um jogo de cartas marcadas, no cenário defendido neste estudo sua função adquire uma importância tamanha, justamente por ser ônus principal do acusador provar as suas alegações em acordo com as diretrizes democráticas.

Situar o contexto histórico pretérito e presente é um importante mecanismo para compreensão da necessidade do referido controle, porque, se o sistema inquisitorial, marca de uma política autoritária e repressiva, fosse o sistema adotado na atual conjuntura, desnecessária seria a cadeia de custódia da prova.

Ou seja, a partir de um breve relato histórico do processo penal e da verificação da atual estrutura procedimental, o trajeto da prova e seu manuseio requerem um controle capaz de evitar ou detectar a quebra da cadeia de custódia da prova.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. **A Epistemologia**. Tradução de Fátima Lourenço Godinho e Mário Carmino Oliveira. Lisboa: Editora 70, 2006.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei 12.403/2011**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 4 de out. 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **CONSTITUIÇÃO E PROCESSO: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: 2015. Disponível em https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5668-MPF-As-10-medidas-contr-a-corrupcao-sao-so-ousadas; Acesso em 02 abril 2018.

DAMASKA, R. Mirjan. **Las caras de la justicia y el poder del Estado**. Chile: Editorial Chile, 2000.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2 ed.- revista e ampliada - Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição...** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5674-Mudancas-no-Sistema-Recursal-so-esqueceram-de-combinar-com-a-Constituicao; Acesso em 02 abril 2018.

LOPES JR., Aury Lopes; ROSA, Alexandre Morais da. **A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#_edn2; Acesso em 05 maio 2018.

LOPES JR., Aury Lopes. **Teoria da Dissonância Cognitiva ajuda a entender imparcialidade do juiz**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jul-11/limite-penal-dissonancia-cognitiva-imparcialidade-juiz>; Acesso em 15 maio 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Dissonância Cognitiva no Interrogatório Malicioso: não era pergunta, era cilada**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-fev-17/limite-penal-efeito-dissonancia-cognitiva-interrogatorio-malicioso>; Acesso em: 15 maio 2018.

SANTOS JÚNIOR, Waldir Miguel dos. **A Adequação da Investigação Policial ao Processo Penal Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ANIMAIS NÃO HUMANOS: UMA RELEITURA NECESSÁRIA

NON-HUMAN ANIMALS: A NECESSARY RELEASE

Leana Mello⁵⁵

Gabrielle Cassiana Simões de Souza⁵⁶

RESUMO

O animal não humano está cada vez mais presente nos lares, nas rodas de discussão, nas legislações e nas jurisprudências. Contudo, aberto é o questionamento quanto à sua natureza jurídica. Os animais não humanos também têm sido classificados como seres sencientes por ter a capacidade de sentir dor, sentimentos, sensações de forma consciente. Outrossim se percebe que apesar de existirem leis que buscam a sua proteção, ainda são considerados pelo Código Civil como coisas móveis o que dá direito ao dono o exercício de propriedade sobre ele. É a partir dessas premissas e da necessidade de uma maior proteção aos animais que o presente trabalho visa, através de uma leitura contemporânea do direito, discutir o tratamento jurídico dado aos animais.

Palavras-chave: Animal não humano; natureza jurídica; senciência; famílias multiespécies.

ABSTRACT

Nonhuman animal is more and more present in homes, in discussion groups, in legislations and in jurisprudence. However, it is open the questioning of its legal nature. Nonhuman animals have also been classified as sentient beings by having the ability to feel pain, feelings and sensations in a conscious way. It is also observed that, although there are laws that seek to protect them, they are still considered by the Civil Code as moving things, which gives the owner the right to exercise ownership over them. From these premises and from the need for a greater protection to animals that the present work aims, through a contemporary reading of the law, to discuss the legal treatment given to animals.

Keywords: Nonhuman animal; legal nature; sentience; multispecies families.

⁵⁵ Doutoranda em Direito Privado da PUC/MINAS; Mestre em Direito Privado da PUC/MINAS (2014), especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da PUC MINAS (2008/2009); possui graduação em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008). Advogada. Lecionou na PUC MINAS (2012/2013) e UEMG (2015) e atualmente é professora, coordenadora de extensão, coordenadora de estágio, Presidente da CPA (Comissão Própria de Avaliação), membro do colegiado da FAC.

⁵⁶ Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC.

1. INTRODUÇÃO

É certo que por muitos anos os animais foram vistos simplesmente como ferramentas, destinados a única função, servir aos humanos.

A emergência do Cristianismo, possivelmente por equivocada interpretação do texto bíblico, fez com que esse senso de exploração dos animais se compactuasse ainda mais. O livro de Gênesis relata a criação do mundo e de tudo o que nele contém. Em um de seus versículos apresenta: "E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra." (GÊNESIS,01:26)

Posteriormente, constatou-se, a partir do crescimento das cidades estimulado pela revolução industrial, a exploração aos animais se acentuava com grande força. A necessidade de alimentos tornou-se maior nesse contexto, o que provocou a ampliação desenfreada do número de abatedouros. A distância geográfica causada pela expansão das metrópoles levou os animais a tornarem-se meios de transporte que se realizavam através da força do animal, que por muitas vezes eram submetidos a chicoteadas violentas e má alimentação.

Com a evolução da sociedade notou-se que houve um momento de transição quanto à visão que o animal tinha, pois antes eram tidos como objetos de exploração e subsistência e aos poucos vem sendo inseridos nos lares como membros de família, merecedores de respeito. As pessoas passaram a crer que assim como os seres humanos detinham a tutela jurídica, com os animais não poderia ser diferente, para tanto, esse tema se tornou uma grande preocupação para parte da sociedade que daquele momento até então, se mantém firme na busca dos direitos para os animais

A proximidade entre os animais não humanos e os seres humanos, bem como a veracidade da senciência animal, acarretaram na promulgação de normas imperativas que se objetivam à proteção animal. Ainda, observa-se em curso algumas sugestões de leis, que se destinam a melhorar as condições jurídicas dos animais, e conseqüentemente, podem alterar o *status* jurídico dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro. Para isso é preciso se fazer uma releitura dos animais não humanos no Brasil no intuito de identificar qual a proteção que lhes deve ser dada a partir do entendimento de que estes não devem ser tratados como 'coisa'.

2. PROTEÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Pode-se afirmar, segundo Carvalho (2016), que somente após os anos 70 iniciaram movimentos direcionados a proteção e o bem-estar dos animais. Mól (2014) recorda que as primeiras leis que os mencionavam, não visavam à sua proteção, todavia eram normas dotadas de caráter utilitarista, que dispunham sobre os animais para regular apenas assuntos econômicos, satisfazendo, unicamente, o ego humano.

Mais tarde, observou-se o surgimento de algumas leis em defesa dos animais. Expõe a autora que em 1886, na cidade de São Paulo, uma lei proibia os donos de animais trabalhadores a submetê-los à grave violência, e em caso de violação, o responsável pela agressão era sujeito à multa. (MOL, 2014).

Atualmente, no Brasil é perceptível maior empatia à causa dos animais, e ainda que poucas são as leis reguladoras do assunto, é notório a crescente sensibilidade quanto o tema, na esfera social, e do mesmo modo, no campo dos poderes que regem o país.

Em âmbito supremo, rege a norma constitucional que proíbe os atos cruéis contra os animais. O parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição da República de 1988 dispõe que: “incumbe ao poder público: VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.” (BRASIL, 1998)

Em esfera infraconstitucional, observa-se a Lei nº 24.645 de 1934 vigente desde a Era Vargas que estabelece ‘medidas de proteção aos animais’ e enumera ações qualificadas como maus tratos, aponta-se algumas delas:

- I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;
- II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
- III - obrigar animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento para deles obter esforços que, razoavelmente, não se lhes possam exigir senão com castigo;
- IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para animais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou interesse da ciência;
- V - abandonar animal doente, ferido, extenuado ou mutilado, bem como deixar de ministrar-lhe tudo que humanitariamente se lhe possa prover, inclusive assistência veterinária;
- [...]
- X - utilizar, em serviço, animal cego, ferido, enfermo, fraco, extenuado ou desferrado, sendo que este último caso somente se aplica a localidades com ruas calçadas;
- [...]
- XVI - fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso,

ou trabalhar mais de 6 horas contínuas sem lhe dar água e alimento;
XVII - conservar animais embarcados por mais de 12 horas, sem água e alimento, devendo as empresas de transportes providenciar, sobre as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta Lei;
[...]
XX - encerrar em curral ou outros lugares animais em número tal que não lhes seja possível moverem-se livremente, ou deixá-los sem água e alimento por mais de 12 horas;
[...]
XXVI - despelar ou depenar animais vivos ou entregá-los vivos a alimentação de outros;
XXVII - ministrar ensino a animais com maus tratos físicos;
[...]
XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado;
[...]
XXXI - transportar, negociar ou caçar, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flores, e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizações para fins científicos, consignadas em lei anterior. (BRASIL, 1934)

Vige também a Lei Federal n° 9.605 promulgada em 12 de fevereiro de 1998, a qual discorre sobre os crimes ambientais. No capítulo V, seção I do mesmo dispositivo, o artigo 32 dispõe: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.” E ainda completa em seus parágrafos 1º e 2º respectivamente: “incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.” e sustenta que “a pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.” (BRASIL, 1998).

Outro texto normativo favorável aos animais é a Lei Federal de Proteção à Fauna, Lei n° 5.197 de 1967, que se destina a proibir a utilização, perseguição, destruição, caça ou apanhamento dos animais silvestre.

Além das normas locais, existe, em plano mundial para amparar e enfatizar as normas internas, a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO no dia 27 de janeiro de 1978, na Bélgica. A Declaração estabelece os direitos dos animais, e ainda salienta o respeito que lhe deve ser dado.

É visível o avanço do ordenamento jurídico em relação ao tema em questão, haja vista que se antes os donos dos animais podiam exercer atos indiscriminados sobre eles, hoje por meio de um Estado de Direito Socioambiental prenomina leis que limitam essas ações, intervindo nas condutas humanas, com o propósito de coibir as condutas cruéis e perversas contra os animais, alcançando, portanto, a proteção dos mesmos.

2.1. Proposta de alteração da legislação brasileira

Não o suficiente as leis que vigoram, estão em curso algumas sugestões para sua alteração no tocante aos animais. Aprovada por Comissão em decisão terminativa, destinada à Câmara dos Deputados, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado nº 351, de 2015, de autoria do senador Antonio Anastasia, o qual busca acrescentar o parágrafo único no artigo 82 do Código Civil para expressar que os animais não mais serão considerados coisas. (SENADO FEDERAL, 2015)

Encontra-se também em andamento o Projeto de Lei do Senado nº 631 de 2015, do senador Marcelo Crivella, que trata-se de instituir o Estatuto dos animais e altera a redação do artigo 32 da Lei 9.605/98. O principal escopo desse documento é a proteção da vida e o bem-estar animal, a fim de coibir, para tanto, os maus tratos e todas as formas de violência contra os animais. (SENADO FEDERAL, 2015)

O Projeto de Lei do Senado nº 650 apresentado em 2015 defende a proteção do bem-estar dos animais, cria o Sistema Nacional de Proteção e a Defesa do Bem-Estar dos animais, além de alterar a Lei nº 7.173 de 1983, a Lei nº 9.605 de 1998, a Lei nº 11.794 de 2008, e a Lei nº 10.519 do ano de 2002. Assim como o projeto de Lei nº 631, o presente se endereça apenas aos animais das classes *filo Chordata* e *subfilo Vertebrata*. (SENADO FEDERAL, 2015)

Também em 2015 desenvolveu-se o Projeto de Lei do Senado nº 677 objetivando o Estatuto dos Animais, cujo objetivo é evitar a dor, o sofrimento e os danos desnecessários a todos os animais vertebrados, o que inclui os domésticos, silvestres e os de produção. O dispositivo altera a Lei nº 9.605 de 1998, para aumentar a pena em crimes contra a fauna. (SENADO FEDERAL, 2015)

Ademais, na Câmara dos Deputados apresentou-se o Projeto de Lei nº 215 de 2007 que institui o Código Federal de Bem-Estar Animal. Atualmente aguarda-se a Criação de Comissão Temporária pela MESA. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2007)

O Projeto de Lei nº 3.676 de 2012, também exposto junto à Câmara dos Deputados, declara a senciência animal, reconhecendo os animais como sujeitos de direitos naturais, além de elencar os direitos fundamentais dos mesmos, como por exemplo, o respeito à existência, o direito ao tratamento digno, o direito ao abrigo, entre outros. Atualmente, encontra-se apensado ao Projeto de Lei 215 de 2007. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012)

O Projeto de Lei nº 6.799 de 2013 aguarda a apreciação do Senado Federal, este dispositivo visa acrescentar um parágrafo ao artigo do Código Civil para dispor acerca da natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres. Dispõe a sugestão de alteração de lei:

“Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa.” O projeto está aguardando a apreciação do Senado Federal. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

Já o Projeto de Lei nº 7.991 de 2014 objetiva-se na atribuição da subjetividade e personalidade jurídica aos animais, transformando-os em sujeitos de direito fundamentais em virtude de sua senciência. O dispositivo, visa a alteração do Código Civil, adicionando o artigo 2-A que segundo a sugestão legal disporá: “Art. 2-A. Os animais gozam de personalidade jurídica *sui generis* que os tornam sujeitos de direitos fundamentais em reconhecimento de sua condição de seres sencientes.” Este projeto de lei encontra-se arquivado. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014).

A título de esclarecimento, Poli e José (2015) certificam-se que os projetos de Lei nº 6.799 de 2013 e o nº 315 de 2015 apresentados respectivamente pelo Deputado Federal Ricardo Izar, e pelo Senador Antônio Augusto Anastasia tratam os animais como bens, diferentemente do Código Civil de 2002 que os têm como coisas.

Diante da importância que tem sido atribuída ao animal, principalmente, a ruptura de compreensão de que os animais hoje não são coisas e que, portanto, não são sujeitos descartáveis, vários movimentos foram e têm sido relevantes para as conquistas legislativas.

3. NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Embora já aludido, o tratamento aos animais tem mudado com o passar do tempo, considerando-se que as relações entre os seres humanos e os seres não humanos estão cada vez mais nutridas pelo o afeto. No Brasil, os animais ainda são tidos como ‘coisas’, e carregam o *status* de objeto de Direito.

O artigo 82 do Código Civil menciona os animais como coisas, uma vez que dispõe: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (VADEMECUM, 2017).

Para além de serem tratados como propriedade, afirma Carvalho (2016) que são considerados semoventes apenas os animais que possuem proprietários, os demais são postos em maior desvantagem, haja vista que recebem a classificação de *res nullius*, isto é, coisa de ninguém, que por sua vez está sujeita a apropriação de qualquer pessoa.

Como se nota, a concepção de ‘objeto de direito’, sempre esteve coerente com o direito de propriedade, já que este assegurava ao proprietário do objeto inúmeras condutas

sobre ele, inclusive o poder de destruí-lo. No entanto, de um tempo para cá observou-se grande valorização dos objetos de direito, o que fez com que o Direito passasse a reconhecer que alguns desses devam estar sob tutela especial. E por isso, não se deve mais considerar o objeto de direito como dominação, mas sim como a razão de ser das relações jurídicas. (SÁ; NAVES, 2018)

Dado o exposto, pretende-se compreender de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, se os animais se encontram na posição de sujeitos de direito, ou não.

3.1. Da personalidade jurídica e o reconhecimento de animais não humanos como sujeitos de direito despersonalizados

Para que se possa entender sobre as teses que explicam a posição dos animais no Direito brasileiro, é necessário compreender a personalidade jurídica, que se distingue da personalidade em sentido comum, a qual conceitua Schultz e Schultz (2013) como a incorporação das qualidades sociais e emocionais, que por vezes não podem ser vistas diretamente.

É na personalidade jurídica, entendida por Venosa (2013, p.129) como: “a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações”, e conceituada por Sá e Naves (2018, p. 409) como sendo o que “faz com que o ente seja chamado, pelo Direito, de pessoa”, que repousa o interesse do Direito. Esclarece Oliveira (2014, p.58) que:

aquele que tem personalidade jurídica é sujeito de direito, ou seja, pode participar de situações jurídicas, definidas como o ato e o efeito de realizar o Direito, como por exemplo, o ato de comprar, contratar, cobrar dívidas, ser proprietário ou possuidor, direito ao nome, à imagem, dentre outros; enquanto os direitos de personalidade são objetos contemplados nas relações jurídicas.

Sá e Naves (2018) esclarecem que a personalidade jurídica não é algo inerente, mas sim uma concessão do Direito, sendo concedida através de uma lei dotada de força cogente. Concluem ainda que a personalidade jurídica “é uma atribuição do Direito para que o ente possa ser sujeito, sobretudo de direitos e deveres, de forma ampla. É a personalidade jurídica que faz que o com o ente seja chamado, pelo Direito, de pessoa.” (SÁ; NAVES, 2018, p. 409).

Nesse sentido por não ser a personalidade algo que é atribuído naturalmente ao animal, seria necessário que o Estado concedesse ao animal o *status* de pessoa. Todavia, Sá e Naves além de não concordarem com esse argumento e também acompanhando Lima e Sá

(2018) entendem que deveria haver uma resignificação de objeto de direito para atribuir ao animal especial proteção bem como definir a senciência de cada espécie uma vez é preciso considerar as diferenças comportamentais da variedade de animais existente.

Poli e José (2015), em um outro posicionamento, apresentam distinções entre a personalidade jurídica e a subjetividade. Afirmam que o animal humano seria classificado como ente despersonalizado por não serem detentores de personalidade jurídica, já que essa, precisa que seja concedida a eles, mas que por outro lado, podem ter subjetividade por ser um fenômeno social.

É sobre essa vertente que se verifica grande debate quanto ao tema e para tal vem sendo utilizadas análises interpretativas, que buscam justificar os animais como sujeitos de direito.

Dias (2006), por exemplo, defende que apesar de os animais não serem pessoas naturais ou jurídicas, são titulares de direitos inerentes e legais, sendo que os direitos inatos prevalecem sob qualquer disposição legislativa. E em reconhecimento aos animais como sujeitos de direito, declara:

É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens. Podemos concluir que os animais são sujeitos de direitos e que seus direitos são deveres de todos os homens. (DIAS, 2006, p. 121)

Nessa mesma linha de raciocínio, Carvalho (2016), que baseia a sua argumentação na semelhança entre os direitos dos homens e os direitos dos animais, demonstra que ambos fazem jus de características comuns, e afirma que necessitam, sobretudo, de proteção ética e jurídica, assim como os homens. Ressalta a autora que tal como as pessoas jurídicas que adquirem os direitos de personalidade através do registro de seus atos constitutivos, considera-se os animais sujeitos de direitos subjetivos devido as leis que os protegem. Em conclusão, Carvalho (2016) assemelha os animais aos incapazes, haja vista a necessidade de representação para garantirem seus direitos.

Por outro lado, há um argumento em defesa do reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos, que se baseia nos direitos do nascituro. Luciana Campos de Oliveira (2014) faz menção ao artigo 2º do Código Civil de 2002, dispositivo este que aborda a personalidade jurídica plena. Expressa o artigo: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Percebe Oliveira (2014) que apesar de o nascituro não ser visto como pessoa pelo Direito, visto que se constitui um ser desprovido da personalidade jurídica, é com base no

próprio ordenamento jurídico, que o assegura de todas as suas garantias, que o nascituro é reconhecido como sujeito de direito. Em resumo, ainda que não considerado uma pessoa, o nascituro é um sujeito de direitos.

Diante disso, essa teoria poderia também ser aplicada aos animais, os quais também são desprovidos da personalidade jurídica (NOGUEIRA, 2012 *apud* OLIVEIRA, 2014), mas com base nas leis que os protegem, são alvos do direito, sujeitos de direito, portanto.

Enquanto Lima e Sá (2018), afirmam que os animais não são sujeitos de direitos, mas sim condições de um dever jurídico, cujo o objeto de proteção deste dever são os próprios animais, e considera também, prescindível a atribuição da personalidade jurídica e subjetividade aos animais para que lhes sejam garantidas melhores condições. Carvalho (2016), por sua vez, julga que o Código Civil ao considerar os animais, dentre eles, os sencientes como bens semoventes, viola de modo indiscriminado a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, da qual o Brasil faz parte. Sendo necessário, portanto, a extinção da definição expressa no Código Civil, e principalmente, o reconhecimento dos animais como sujeitos atípicos, logo exige-se a legitimação dos direitos subjetivos dos animais.

Dado ao exposto, o judiciário brasileiro ainda se mantém resistente quanto ao assunto e a doutrina tem divergido quanto à natureza jurídica. Portanto, apesar das interpretações dos autores supracitados indicarem que os animais são sujeitos de direito, no Brasil ainda não foi atribuído aos animais o cenário para que possam atuar como sujeitos de direito fato é que as demandas estão surgindo e com elas o direito, enquanto dinâmico, precisa acompanhar os fatos sociais e decidir sobre eles a partir de uma análise fundamentada no Estado Democrático de Direito.

3.2. Da senciência animal

A senciência é a capacidade daquele que sente e expressa a dor e o prazer. Durante muitos anos da história do mundo, os animais foram vistos simplesmente como ferramentas isentas de sentimentos e sensações, designadas ao domínio humano.

René Descartes (1596-1650) apoiava a exploração dos animais, rejeitando a hipótese de que eles pudessem sentir dor ou prazer. Como fundamento de sua tese, aponta que os mesmos eram seres desalmados e desprovidos de razão cuja sensações não poderiam ser comparadas aos sentimentos humanos, uma vez que eram como máquinas vivas. Justificava, para tanto, a exploração imoderada dos animais afirmando:

Quando um animal geme, não é uma queixa, mas apenas o ranger de um mecanismo que funciona mal. Quando a roda de uma charrete range, isso não quer dizer que a charrete sofra, apenas que ela não está lubrificada. Devemos entender da mesma maneira o gemido dos animais e é inútil lamentar o destino de um cão. (LEVAI, 2003 *apud* MÓL, 2014)

Com o passar do tempo verificou-se maior importância à ciência animal, prova disso é o autor Peter Singer, que em sua obra *Ética Prática* apresenta o princípio da consideração de interesses, baseando-se no princípio da igualdade entre os animais humanos e não humanos. Segundo ele:

[...] o princípio implica também que o facto de certos seres não pertencerem à nossa espécie não nos dá o direito de os explorar e, do mesmo modo, o facto de outros animais serem menos inteligentes que nós, não significa que os seus interesses possam ser ignorados. (SINGER, 1993, n.p.)

O filósofo Jeremy Bentham (1748-1832) com base em seu utilitarismo que se resumia na utilidade em prol da felicidade considerava justa a proteção aos interesses animais, como seres que também procuram ser felizes, para tanto argumentou: " A questão não é: Podem eles raciocinar? nem: Podem eles falar? mas: Podem eles sofrer?" (SINGER, 1993, n.p.). Demonstrando, portanto, que "Se há capacidade de sofrer, de sentir dor, não haverá possibilidade de exploração." (SÁ; NAVES, 2018, p.40).

Outrossim, aponta Singer (1993) que se julga a dor de alguém, através dos gestos que esse exterioriza, como contrações musculares, lágrimas e outras expressões. Sendo assim, pode-se concluir que da mesma forma que as sensações de sofrimento e prazer são concretas para os seres humanos, existem também para os animais, já que choram, sentem dor, e buscam por momentos de prazer.

Em estudos acerca da ciência e consciência dos animais, Sá e Naves (2018) sustentam que a *The Cambridge Declaration on Consciousness* apresentou relevantes informações acerca dos comportamentos emocionais dos animais não humanos, e até reações relacionadas à afetividade.

Embora vários estudos comprovem a ciência animal, destaca-se que os fatos que acontecem ao redor do mundo, são o suficiente para revelar os sentimentos dos animais. O filme 'Sempre ao seu lado', por exemplo, retrata uma história real ocorrida no Japão do século passado, no qual um cachorro da raça *Akita* chamado *Hachiko* espera em uma estação durante longos dez anos, o seu dono falecido, *Hidesabur-ō Ueno*, na esperança de que um dia este voltaria.

No entanto, histórias que demonstram lealdade e o amor dos cães por seus tutores, não foram vistas apenas no século passado, mas na atualidade existem inúmeros casos como

aqueles em que os animais, esperam por seus donos em hospitais, salvam a sua vida, e entre várias maneiras, demonstram o prazer que sentem em estar na sua companhia. Isso significa que o que sentem está além de sensações como dor e felicidade, uma vez que os animais são capazes de demonstrar os seus sentimentos.

3.2.1 Cultura x Crueldade

Levando em conta a senciência animal indaga-se acerca das práticas culturais que encobrem o sofrimento de muitas espécies não humanas.

A Farra de Boi e a Rinha foram consequências de um costume terrível, que causou muita dor e sofrimento aos animais que o eram submetidos. Para demonstrar a crueldade embutida na cultura popular, Mól (2014, p. 90) discorre sobre a farra de boi:

O sofrimento do boi começa dias antes da festa, quando ele é preso e deixa de ser alimentado. Após ficar alguns dias sem comer, são disponibilizadas água e comida próximas ao animal, mas longe o suficiente para que não consiga alcançá-las. Esses atos têm por objetivo aumentar seu desespero. [...] Durante a farra, também é comum cortar o rabo do boi, quebrar suas patas e chifres, jogar pimenta em seus olhos, queimá-lo com óleo quente ou encharcá-lo com combustível e atear fogo.

Na Rinha ou briga de galos por sua vez, o sofrimento também era predominante. Dois animais, após receberem um tratamento bárbaro, eram postos para lutar.

Nos galos em geral são colocados (*sic*) esporas e os bicos são reforçados com pontas de aço proporcionando assim um espetáculo mais cruel e sangrento, sofrendo desde cedo, os animais tem suas orelhas, cristas e barbelas cortadas sem anestesia, estas rinhãs em geral terminam apenas quando um dos animais morre. (CHALFUN, 201, p.11)

Infelizmente, outros hábitos culturais ainda não foram abolidos. Como se sabe, algumas religiões africanas como o candomblé e a umbanda têm o sacrifício de animais como ritual bastante comum, tal contexto carrega uma grande complexidade, uma vez que há um confronto entre a proteção dos animais e a liberdade religiosa.

Alguns circos também fazem parte dessa cultura cruel. Em meados do século XIX, iniciou-se a utilização de elefantes, leões, tigres e ursos em espetáculos circenses. O que poucos sabem é que esses animais que serviam de atração, eram covardemente retirados de seu habitat natural e submetidos a dor que o treinamento para a execução dos espetáculos os causava, mas também pelo estresse de presos em jaulas, acompanhar o circo em suas inúmeras viagens. (MÓL, 2014)

Embora a proposta de circos sem animais esteja ganhando força há aqueles que ainda utilizam os animais, e além disso, ainda há a prática de várias culturas cujo o sofrimento animal, derivado dos maus tratos é maquiado por muitas atrações.

Muito se discute atualmente sobre a prática do rodeio. As opiniões em relação ao assunto se dividem, para tanto, constata-se controvérsia. De um lado encontra-se aqueles que são a favor. Estes declaram que:

[...] ao pularem apenas demonstram uma natureza selvagem, que os instrumentos utilizados causam apenas ligeiro incômodo, que não há qualquer sofrimento, que trabalham por apenas 8 segundos, que os rodeios configuram-se em espetáculos que demonstram apenas coragem, valentia e habilidade humana, entretanto tais afirmações e outras do mesmo gênero não demonstram a realidade dos fatos e da vida destes animais. (CHALFUN, 201_, p. 7)

Em oposição, muitos veem o rodeio como um costume cruel, uma vez que submetem os animais a viagens muito longas e exaustas, e alegam, ainda que são costumeiros as mutilações e os maus-tratos.

Portanto, o que se pode certificar, de fato, é que ainda existe demasiada perversidade aos animais, por trás de várias formas de lazer.

3.3. Famílias multiespécie e as ações que buscam reconhecer o direito dos animais não humanos

Os conceitos que atualmente norteiam o termo família, são muito diversos daqueles empregados há tempos. No direito romano, a palavra família simbolizava o chefe da família e a todas as pessoas submetidas ao seu poder. Esse termo referia-se também ao patrimônio que o grupo familiar possuía. As pessoas que integravam a família eram unidas pelo vínculo do parentesco consanguíneo, condição esta que impedia consequências jurídicas, como o matrimônio e outros. Considerava-se parentesco até o 7º grau. (MARKY, 1995)

É indiscutível que se antes o que caracterizava a família era o laço sanguíneo, nos dias de hoje a essência desse instituto é o afeto, o que ocasionou diversos termos para denominar família, entre esses, a família multiespécie. Já afirmou Capuano (2014) que aproximadamente 60% das casas brasileiras têm pessoas e animais não humanos, sobretudo cães e gatos como moradores, isto indica que a interação entre os humanos e os animais estão cada vez mais presentes na sociedade.

Na visão de Vieira (201_), um fato que gerou o surgimento das famílias multiespécie foi a escassez de tempo, em virtude da enorme carga de trabalho, que as grandes metrópoles

exigem. Nessas condições, grande parte da população não encontra tempo para estar com os seus familiares, e por isso depositam o afeto e a confiança nos seus animais de estimação, e esses, por sua vez, demonstram todo o sentimento reciprocamente.

É perceptível que no presente momento os casais estão gerando menos filhos, e em consequência, cresce o mercado direcionado aos *pets*. É possível buscar fundamentos para tal fato, baseando-se na pesquisa realizada em 2013 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a qual atestou que os domicílios brasileiros possuíam 52 milhões de cães e 22 milhões de gatos, comprovando que há mais animais do que crianças. Em resumo, o estudo demonstrou que cerca de 44,3% dos lares brasileiros possuem ao menos um cachorro. (G1, 2015).

Esse número crescente de animais nos lares brasileiros poderia ser pautado também no estudo realizado por pesquisadores do Hospital Geral de Massachusetts, situado nos Estados Unidos, que mostrou que os *pets* são como filhos para muitas mulheres. A pesquisa comprovou que o cérebro feminino não só reage de maneira análoga em relação a imagem de seus cães e de seus filhos, mas o vínculo maternal também se amplia diante do contato com os animais. (OLIVETO, 2014)

Embora o Estado Brasileiro ainda não reconheça os animais como sujeitos de direito, já existem ações que reconhecem os direitos dos animais, e em alguns casos, os assemelham com os direitos dos homens. O caso Sandra, bem como o caso Hercules e Leo são exemplos clássicos disso. Relata Poli e São José (2016) que o primeiro caso aborda o pedido de *habeas corpus* por um grupo de advogados, em favor de um orangotango fêmea chamada Sandra, com a finalidade de libertá-la e encaminhá-la a um santuário, onde teria os seus direitos garantidos. O juiz competente julgou pedido procedente de *habeas corpus*.

O caso Hercules e Leo, também gira em torno de um *habeas corpus* temporário, concedido pela juíza Barbara Jaffe, do Supremo Tribunal de Nova Iorque, mas dessa vez em prol dos dois chimpanzés, atribuindo-lhes os mesmos direitos dos quais o ser humano faz jus.” (POLI e JOSÉ, 2015).

Ademais, a visão contemporânea do direito de família reconhece diversos arranjos familiares, uma vez que também não há um rol taxativo de tipos de família existente. Fato é que o artigo 226 da Constituição da República em seu *caput* demonstra que a família, como base da sociedade, deve ter total proteção do Estado. Assim, todo grupo que se intitula como família e encontra-se presente os seus elementos quais sejam, afetividade, estabilidade e ostensibilidade terá os seus efeitos jurídicos reconhecidos.

Assim, a família multiespécie é mais uma forma de entidade familiar a ser protegida, isso porque, como já mencionado, animais de estimação têm ocupado nos lares um papel de membro da família através da afetividade manifestada, festas comemorando aniversário do animal, presença nos álbuns da família, viagens com a família, inclusive alguns até dormem na mesma cama que os membros da família. A partir desse laço surgido com a formação das famílias multiespécie, ações têm sido ajuizadas em casos de rompimento do vínculo conjugal ou de dissolução de união estável para se discutir guarda compartilhada, direito de visitas e pensão alimentícia referente àquele animal de estimação intitulado membro da família.

Dessa forma, cabe ao direito atribuir efeitos jurídicos à essa nova realidade uma vez que os casos vão surgindo e há a necessidade de se decidir sobre as demandas que envolvem os filhos ‘de quatro patas’.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos argumentos apresentados, percebe-se que embora exista algumas normas legais designadas à proteção dos animais no ordenamento jurídico brasileiro, o Brasil ainda não reconheceu os animais como sujeitos de direito, mantendo-os ainda, como objetos de direito, isso significa que os animais ainda são tachados de coisa.

No entanto, em análise interpretativa, verificou-se que a atribuição da personalidade jurídica aos animais, pode não ser tão favorável aos mesmos, pois esta descende da concessão do Direito, que poderia permitir a exploração ou extinção dos animais.

Contudo, quando comparada a situação jurídica dos animais e a condição do nascituro, percebe-se que os animais já poderiam ser considerados sujeitos de direito, uma vez que são entes despersonalizados, ou seja, são entes carentes da personalidade, mas possuem direitos indispensáveis a sua proteção. O grande problema que norteia a questão, portanto, diz respeito a resistência do judiciário quanto ao tema, haja vista que este persiste no não reconhecimento legítimo dos animais enquanto sujeitos de direito despersonalizados.

Felizmente com a comprovação da senciência animal, novos projetos de leis em curso, a extinção de algumas práticas culturais perversas aos animais e sobretudo, o afeto como pilar das relações familiares, constituídas, muitas vezes, por mais de uma espécie, os animais ganham cada vez mais, visibilidade, respeito e proteção.

Todavia, necessário se faz a criação de um estatuto jurídico dos animais que abarque os anseios sociais à essa nova leitura que se tem do animal de forma que estes recebam a

proteção necessária a garantir integridade física e psíquica seja como sujeito de direitos, entes dotados de personalidade ou através de uma ressignificação dos objetos do direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934**. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: <<http://funed.mg.gov.br/wp-content/uploads/2010/05/Decreto-lei-24645-34-maus-tratos-animais.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2018

BRASIL. **Decreto nº, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104091/lei-de-crimes-ambientais-lei-9605-98>>. Acesso em 18 de julho de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.197 de 1967, de 3 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-5197-3-janeiro-1967-364679-norma-pl.html>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

BRASIL, **VadeMecum**. Obra Coletiva de auditoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei 215/2007**. Institui o Código Federal de Bem-Estar Animal. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=341067>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei 3.676/2012**. Institui o Estatuto dos Animais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=541122>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei 6.799/2013**. Acrescenta parágrafo único ao art. 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei 7.991/2014** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=622728>>. Acesso em: 02 e agosto de 2018.

CAPUANO, Ricardo Luiz. **Famílias multiéspecie**, 2014. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2014/08/familia-multiespecie/>>. Acesso em: 12 de agosto de 2018.

CARVALHO, Mariana Aparecida Adalberto de. **O Estatuto ético e jurídico dos animais: Justificativas que os tornam seres de direitos**. 201-, p. 1-16. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6ac37313e074d4fa>>. Acesso em: 15 de julho de 2018.

CHALFUN, Mery. **Animais, manifestação culturais e entretenimento lazer ou sofrimento**, 201-. Disponível em: <<http://abolicionismoanimal.org.br/artigos/animaismanifestaesulturaiseentretenmentolaz erousufrimento.pdf>>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de Direito**. 2006. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10243/7299>>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

GÊNESIS. In: **BÍBLIA SAGRADA**: Harpa Cristã. São Paulo: Edições Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

G1. **Brasileiros têm 52 milhões de cães e 22 milhões de gatos, aponta IBGE**, 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/natureza/noticia/2015/06/brasileiros-tem-52-milhoes-de-caes-e-22-milhoes-de-gatos-aponta-ibge.html>>. Acesso em: 14 de agosto de 2018.

LIMA, Taisa Maria Macena; SÁ, Maria de Fátima Freire de. A Ressignificação de Objeto do Direito e a Proteção dos animais. In. (Coords) BRANDÃO, Cláudio; MORAES, Flaviane Barros Bolzan de.; TEODORO, Maria Cecília Máximo. **Democracia, autonomia privada e regulação**: vinte anos do programa de pós-graduação em Direito da PUC Minas. Belo Horizonte: D' Plácido, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 400-417.

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Documents/edoc.site_curso-elementar-de-direito-romano-thomas-marky.pdf>. Acesso em: 15 de agosto de 2018.

MÓL, Samylla. **A proteção jurídica aos animais no Brasil**: uma breve história. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. 142 p.

OLIVATO, Paloma. **Pesquisa mostra que pets são como filhos de estimação para muitas mulheres**. 2014. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/tecnologia/2014/11/05/interna_tecnologia,586869/pesquisa-mostra-que-pets-sao-como-filhos-de-estimacao-para-muitas-mulheres.shtml>. Acesso em: 11 de agosto de 2018.

OLIVEIRA. Luciana Campos de. **Os animais sob a ótica do Direito Ambiental**: Entre Sujeitos Éticos e Sujeitos de Direito. 93.p. Programa de Pós-Graduação. Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte: 2014. Disponível em:

<<http://www.domhelder.edu.br/uploads/DISSERTACAOLUCIANACAMPOFINAL0506.pdf>>. Acesso em: 17 de julho de 2018.

POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de. Famílias multiespécies animais não humanos como sujeitos de direitos: membros da entidade familiar contemporânea. POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda Moraes de (orgs.) **Direito Civil na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016. p. 147-172.

POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda. Animais não humanos sujeitos de direito ou objeto?. POLI, Leonardo Macedo; SÃO JOSÉ, Fernanda (orgs.) **Direito de família na contemporaneidade**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2015. p. 11-32.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética Animal e Proteção Jurídica**. 4.ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2018.

SCHULTZ, Duane P; SCHULTZ, Sydney Ellen. **Teorias da Personalidade**. 2.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei 351/2015**. Acrescenta parágrafo único ao art.82, e inciso IV ao art. 83 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para que determinar que os animais não serão considerados coisas. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121697>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei 631/2015**. Institui o Estatuto dos Animais e altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123276>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei 650/2015**. Dispõe sobre a proteção e defesa do bem-estar dos animais e cria o Sistema Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (SINAPRA); o Conselho Nacional de Proteção e Defesa do Bem-Estar dos Animais (CONAPRA); altera a redação do art. 2º da Lei no 7.173, de 14 de dezembro de 1983; altera a redação do art. 32 da Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; acrescenta o § 4º ao art. 1º da Lei n o 11.794, de 8 de outubro de 2008, e revoga a Lei n o 10.519, de 17 de junho de 2002. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123360>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei 667/2015**. Altera a redação do art. 40 da Lei n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), definindo-se o Plano Diretor como instrumento de desenvolvimento humano, econômico e social das cidades brasileiras, devendo estabelecer obrigatoriamente parâmetros para as políticas públicas de saúde, educação, segurança pública, transportes e habitação, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123475>>. Acesso em: 02 de agosto de 2018.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 1993. Disponível em: [http://www.afag.com.br/professorrubens/artigos%20e%20outros/Peter%20Singer%20-%20%c9tica%20pr%e1tica\(286p\)%20++.pdf](http://www.afag.com.br/professorrubens/artigos%20e%20outros/Peter%20Singer%20-%20%c9tica%20pr%e1tica(286p)%20++.pdf)

UNESCO. A Declaração Universal de Direitos Humanos. Proclamada em 15 de outubro de 1978. Disponível em: <portal.cfmv.gov.br/uploads/direitos.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** parte geral. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Waléria Martins. **A Família Multiéspecie No Brasil:** Uma Nova Configuração Familiar, 201-. Disponível em:

<<http://www.valerianogueira.com.br/storage/webdisco/2015/10/12/outros/430bc566cf68f3c524a2f7969676996d.pdf>>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.

A MORTE DIGNA E AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

A DEATH WITH DIGNITY AND THE ADVANCED WILLING DIRECTIVES

Gustavo Matoso de Carvalho⁵⁷

Douglas Eduardo Figueiredo Souza⁵⁸

RESUMO

O estudo do direito à vida e à morte tem provocado debates nas esferas do Direito e da Medicina, principalmente após a regulamentação, pelo Conselho Federal de Medicina, das diretivas antecipadas de vontade e do instituto da ortotanásia. Neste artigo, analisam-se os termos próprios desses debates, diferenciando os institutos envolvidos, a fim de proporcionar ao leitor uma compreensão mais abrangente desses conceitos e retirar do senso comum a análise superficial de algo mais abrangente, demonstrando em seus aspectos suas (in) compatibilidades com o Direito brasileiro. Para tanto, utiliza-se da revisão de literatura como metodologia e procede-se a uma leitura interdisciplinar entre Direito e Medicina.

Palavras-chave: Diretivas antecipadas de vontade. Ortotanásia. Cuidados paliativos.

ABSTRACT

The study of the right to life and death has begun debates in Law and Medicine domains, especially after regulation, by the Federal Council of Medicine, of advance in directives of the will and the orthopaniasis institute. In this article, the proper terms of these debates are analyzed, distinguishing the institutes involved, in order to provide the reader with a more comprehensive understanding of these concepts and remove, from the common sense, the superficial analysis of something more comprehensive, demonstrating in its aspects its (in)

⁵⁷ Graduado em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. Foi bolsista do Fundo de Amparo à Pesquisa – FAP da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. Advogado.

⁵⁸ Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (início em 2018). Atualmente é professor da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil. Foi bolsista do Fundo de Amparo à Pesquisa – FAP da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. Advogado.

compatibility with Brazilian law. Thus, literature review is used as methodology and it is carried out an interdisciplinary reading between Law and Medicine.

Keywords: Advance directives of will; Orthopneumonia; Palliative care.

1. INTRODUÇÃO

A busca pelo prolongamento da vida é algo que sempre permeou as ciências médicas em toda sua história. Entretanto, mesmo com os avanços da tecnologia e do conhecimento da medicina, o reconhecimento da finitude da vida humana é algo fundamental, pois se trata da essência do ser humano, que tem em sua morte o fim de sua personalidade.

O estudo da vida está intrinsicamente ligado ao estudo da morte. Com a mudança do processo de morte, incrementada pelo desenvolvimento das condições básicas de saneamento e pela difusão de tratamentos médicos, a forma como o paciente passa a ser tratado na atualidade chama a atenção para a compreensão de uma vida digna e, também, de uma morte digna.

Este estudo busca discutir a morte digna e formular as distinções necessárias quando se aborda tema que gera inúmeros debates nas esferas do Direito e da Medicina.

2. VIDA E MORTE: UMA ANÁLISE A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Parafraseando Sampaio (2009), conceituar vida é tarefa de grande complexidade, a exemplo das mais de dezoito tentativas constantes no *Dicionário Aurélio* (2010).⁵⁹ Essa definição varia de acordo com a convicção religiosa, científica, filosófica, moral ou jurídica.

⁵⁹ Dicionário Aurélio (2010. p. 2156) – “Vida [Do lat. Vita.] S.f. 1. Biol. Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifesta em funções orgânicas tais como o metabolismo (1), o crescimento (1), a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução (1), e outras; existências. 2. Estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; existência: O moribundo sentia fugir-lhe a vida. 3. A flora e/ou a fauna: a vida submarina; A vida tornar-se rara nas grandes altitudes. 4. A vida humana: Não havia sinais de vida naquelas matas; Têm os cientistas encontrado recursos para prolongar a vida. 5. O espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte; existência: “Há numa vida humana cem mil vidas, / Cabem num coração cem mil pecados” (Olavo Bilac, Poesias, p. 174); A vida de um cão é de cerca de 12 anos. 6. P. ext. O tempo de existência ou de funcionamento de uma coisa: a vida de automóvel; a vida de uma estrela. 7. Um

A filósofa Hannah Arendt (2007) explica a razão de a sociedade moderna ter a vida como ponto de referência:

O motivo pelo qual a vida se afirmou como ponto último de referência na era moderna e permaneceu como bem supremo para a sociedade foi que a moderna inversão de posições ocorreu dentro da textura de uma sociedade cristã, cuja crença fundamental na sacrossantidade da vida sobrevivera à secularização e ao declínio geral da fé cristã, que nem mesmo chegaram a abalá-la. Em outras palavras, a moderna inversão imitou, sem questionar, a mais significativa reviravolta com a qual o cristianismo irrompera no cenário do mundo antigo, reviravolta politicamente mais importante e, pelo menos historicamente, mais duradoura que qualquer conteúdo dogmático ou crença específica. Pois a “boa nova” cristã da imortalidade da vida humana individual invertera a antiga relação entre o homem e o mundo, promovendo aquilo que era mais mortal, a vida humana, à posição de imortalidade ocupada até então pelo cosmo (ARENDR, 2007, p. 327).

Segundo a referida filósofa, a vida tornou-se ponto central para o homem, por meio de um pensamento propagado e disseminado em uma sociedade cristã. Afirma, ainda, que tais resultados, considerados por ela desastrosos, trouxeram a estima e a dignidade políticas, devido à posição de destaque dada à vida individual, destaque este que antes pertencia à vida do corpo político.

Portanto, *vida* é uma palavra com muitos significados na língua portuguesa. Já juridicamente, o nascimento com vida é que representa o marco inicial da condição humana efetiva, inclusive, mediante a aquisição de personalidade jurídica e da aptidão para ter direitos e obrigações. Note-se, no entanto, que o Código Civil, em seu art. 2º, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Sendo o direito à vida e o direito à dignidade da pessoa humana os mais basilares inerentes ao ser humano, tutelados em atos internacionais, na Constituição e no Direito Infraconstitucional, por exemplo, na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, assinada em Paris, em dezembro de 1948, que estabeleceu: “Art. III. Toda pessoa tem direito à vida, à

dado período da vida: a vida intrauterina; a vida adulta. 8. Estado ou condição do espírito depois da morte: a vida eterna. 9. Biografia: Eça de Queirós escreveu as vidas de S. Cristóvão, Santo Onofre e S. Fr. Gil. 10. Modo de viver: “Minha vida era um palco iluminado. / Eu vivia vestido de dourado/ - Palhaço das perdas ilusões” (Oreste Brabosa, Chão de Estrelas, p. 274); a vida cotidiana; vida sedentária. 11. Atividade que se desenvolve em determinado setor, quer como ocupação individual, que como ocupação de grupo: Afastou-se da vida eclesiástica por falta de vocação. 12. As atividades de qualquer grupo humano: Nas primeiras civilizações a vida agrícola sucedeu à pastoril. 13. O que é necessário para manter a vida (4); sustento, a subsistência: Luta duramente pela vida; A vida encarece dia a dia. 14. O que é essencial para que algo subsista; base, fundamento: Por muito tempo o café constituiu a vida da economia brasileira. 15. O que representa para alguém motivo de prazer, de estímulo, de amor à vida: A leitura é tudo para ele, é a sua vida. 16. O que representa força, ânimo, entusiasmo; vitalidade: A cantora deu vida ao espetáculo; Esta menina tem muita vida. 17. O que, sendo inanimado, transmite ideia de vida (1): Esta decoração não tem vida é morna, desbotada; Quanta vida neste quadro! 18. V. vida fácil: Caiu na vida”.

liberdade e à segurança pessoal” e “Art. V. Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU, 1948).

Também é exemplo de ato internacional a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica*, a qual estabelece:

Art. 4º. Direito à vida.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação de pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente (BRASIL, 1992).

Na Constituição brasileira, ambos os direitos estão tutelados, desde a concepção até a morte, como condição *sine qua non*, ou seja, indispensáveis, e, por isso, têm como condições mínimas a justiça social, a equidade, a humanidade, a liberdade e a possibilidade de desenvolvimento físico, intelectual e espiritual do ser humano, sem as quais não se pode garantir uma vida digna.

Em seu art. 5º, sustenta a igualdade de todas as pessoas perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida digna, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988).

A partir do momento em que se torna impossível viver com dignidade, seja em decorrência de uma sequela em um acidente, seja em razão do acometimento de uma doença em fase terminal, o ser humano deveria ter o direito a uma morte digna, que, segundo

Elisabeth Kübler-Ross (1996), psiquiatra suíço-americana, tida como referência na abordagem da morte na segunda metade do século XX, “morrer com dignidade seria morrer com os seus valores, cercado das pessoas que se ama” (ROSS, 1996).

Porém, a questão de morte digna tem sido objeto de intensas, acaloradas e incessantes discussões no meio médico e no Direito brasileiro, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro veda a eutanásia e outras práticas que possam ser utilizadas para abreviar o sofrimento na vida de um indivíduo e no fim dela, mesmo que não existam possibilidades de cura ou que seja um ato autônomo desse indivíduo.

Muito se debate sobre a morte digna. Por essa razão, faz-se pertinente abordar o tema. A esse propósito, citam-se as palavras de Brum (2017):

Morrer com dignidade é morrer da forma que se escolheu morrer quando o fim se tornou inevitável. É escolher até onde os médicos podem ir na tentativa de prolongar uma vida que já não é vida, é escolher se quer morrer numa cama de hospital ou em casa, é escolher na companhia de quem se quer estar quando chegar a hora de partir (BRUM, 2017).

Note-se, que a morte é etapa inafastável da vida. Reforça o autor:

É preciso lembrar que o fim de uma vida é ainda vida – e não morte. Pois, para se respeitar a vida, é preciso respeitar aquele que vive e só haverá respeito quando houver reconhecimento de que ali há um sujeito. Uma vez que o corpo se tornar objeto, o sujeito é sujeitado. E o que antes era apresentado como cuidado vira tortura.

Fato é que a manutenção de uma vida por meios artificiais não pode – nem deve – ser uma objeção de modo geral. Entretanto, não deve – nem pode – exceder os padrões impostos pela natureza. Não se pode privar o paciente de uma morte digna sob o pretexto de que está se respeitando o caráter sagrado que possui uma vida ou simplesmente porque os avanços tecnológicos permitem que ela seja estendida de modo indefinido e antinatural. Nas palavras de Dworkin (2003):

[...] prolongar a vida de uma pessoa muito doente, ou que já perdeu a consciência, em nada contribui para concretizar a maravilha natural da vida humana e que os objetivos da natureza não são atendidos quando os artefatos de plástico, a sucção respiratória e a química mantêm o coração batendo em um corpo inerte e sem mente, um coração que a própria natureza já teria feito parar (DWORKIN, 2003, p. 304).

E conclui o autor:

[...] tendo em vista que o paciente passou toda a vida lutando, inclusive nas situações que pareciam irremediáveis, é melhor que enfrente a morte até o derradeiro instante, mesmo que esteja inconsciente. Ou que, como Nancy Cruzan, orgulhava-se de sua autossuficiência, o melhor é que sua vida termine quando não houver qualquer possibilidade de seguir em frente (DWORKIN. 2003, p. 271).

Aqui, abre-se um parêntese para contextualizar a fala de Dworkin (2003) sobre o caso Nancy Cruzan:

Nancy Cruzan foi uma paciente que em coma por três semanas. Seu quadro evoluiu para um estado de inconsciência onde a paciente podia se alimentar parcialmente por via oral. Com a finalidade de facilitar a sua alimentação, foi introduzida uma sonda de alimentação. O seu marido autorizou este procedimento. Em outubro de 1983, ou seja, dez meses após o acidente, ela foi internada em um hospital público. Todas as tentativas de reabilitação foram malsucedidas, demonstrando que ela não teria possibilidade de recuperar a vida de relação. Os seus pais, que também eram considerados como seus representantes legais, em conjunto com o esposo, solicitaram ao hospital que retirassem os procedimentos de nutrição e hidratação assistida, ou seja a sonda que havia sido colocada. Os médicos e a instituição se negaram a atender esta demanda sem autorização judicial. Os pais entraram na justiça do estado do Missouri solicitando esta autorização em junho de 1989. Um representante legal foi indicado para atuar durante o julgamento. O tribunal, em junho de 1990, após realizar audiências, ordenou à instituição que atendessem a demanda da família. Esta decisão se baseou em três argumentos básicos: no diagnóstico, na previsão legal desta demanda e na manifestação prévia da vontade pessoal da paciente. O diagnóstico de dano cerebral permanente e irreversível, em consequência do longo período de anóxia (ausência de oxigênio), foi confirmado e não questionado. A lei do estado do Missouri e da Constituição norte-americana permitem que uma pessoa no estado da paciente pode recusar ou solicitar a retirada de "procedimentos que prolonguem a morte". Considerando que ela, aos vinte anos, tinha manifestado em uma conversa séria com uma colega de quarto, que se estivesse doente ou ferida, ela não gostaria de ser mantida viva, salvo que pudesse ter pelo menos metade de suas capacidades normais. Esta posição sugeriu que ela não estaria de acordo com a manutenção da hidratação e da nutrição nas suas condições atuais. No túmulo de Nancy Cruzan consta a seguinte indicação: Nascida em 20 de julho de 1957. Partiu em 11 de janeiro de 1983. Em paz em 26 de dezembro de 1990 (GOLDIM, 2005).

Diante das reflexões estimuladas por Dworkin (2003) e do relato do caso de Nancy Cruzan, surge a indagação: será que o paciente terminal ou acometido de incapacidade irreversível, tendo manifestado anteriormente ou estando consciente (mesmo que imobilizado), não tem o direito de decidir sobre os termos de sua morte, assim como ele é autossuficiente para decidir sobre os assuntos da sua vida?

O que põe em evidência a questão da autonomia é a vontade, entendida como o motor que propulsiona a realização de uma necessidade, que, na visão kantiana, é autônoma, por determinar-se em razão da própria essência. Daí a ligação entre vontade e autonomia (KANT, 2008).

Principal diploma de normatização da profissão médica, o *Código de Ética Médica* (CEM) proíbe o profissional médico de agir sem respeitar o arbítrio do paciente. No tocante à responsabilização ética, em 2006 o CFM permitiu a prática da ortotanásia, por intermédio da Resolução 1.805.

Entretanto, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação de Inconstitucionalidade 2007.34.00.014809-3, conseguindo a suspensão da resolução por meio de antecipação de tutela. Em 2010, o juiz Roberto Luís Luchi Demo revogou a antecipação de tutela anteriormente concedida e proferiu a seguinte sentença:

[...] É o relatório. Decido.

Sobre muito refletir a propósito do tema veiculado nesta ação civil pública, chego à convicção de que a Resolução CFM n. 1.805/2006, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto. Alinho-me, pois, à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal nas suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da medicina [...] (BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal, 2010).

O meritíssimo juiz conclui:

[...] Nessa ordem de considerações, pelas quais não entrevejo ilegitimidade alguma na Resolução CFM n. 1.805/2006, é de se rejeitar assim o pedido principal de se reconhecer sua nulidade, bem como o pedido alternativo de sua alteração. Do exposto, revogo a antecipação de tutela anteriormente concedida e JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO. Sem condenação em honorários advocatícios nem custas processuais (art. 18, da Lei 7.347/85).

P. R. I.

Brasília, 1º de dezembro de 2010.

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO

Juiz Federal Substituto da 14ª Vara/DF (BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal, 2010).

Tal sentença considerou improcedente o pedido do Ministério Público Federal, por meio de ação civil pública de decretação de nulidade da Resolução 1.805/2006, que trata de critérios para a prática da ortotanásia. Verifica-se que o magistrado compreendeu a importância dos avanços na Medicina, vez que esta deixou a era paternalista, em que a prioridade era a doença, e não o doente, e passou a enxergar o ser humano por trás da enfermidade. O objetivo agora é cuidar do paciente, proporcionando-lhe bem-estar, razão pela qual ao paciente devem ser dedicados todos os cuidados paliativos necessários ao alívio da dor e angústia (DADALTO, 2015).

Ocorre que existem controvérsias quanto à definição, à nomenclatura, à classificação e à fundamentação jurídica para sua aplicação. Nesse sentido, apresentam-se, a seguir, as distinções entre eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e o suicídio assistido, bem como a diferenciação de tratamentos essenciais, tratamentos paliativos e tratamentos extraordinários ou desnecessários.

3. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Quais são os parâmetros utilizados para classificar um paciente como em estado terminal de vida, uma vez que, normalmente, ele se vê envolto nos dilemas de fim de vida: se deve ou não fazer uso deste ou daquele medicamento/ tratamento?

Porém, quais são os parâmetros que definem se um paciente está ou não em fim de vida? Como a resposta a essa pergunta é muito ampla para alguns e para outros se mostra um tanto quanto complexa, torna-se importante conceituar paciente em estado terminal.

França (2017) assim leciona:

Como paciente terminal entende-se aquele que, na evolução de sua doença, não responde mais a nenhuma medida terapêutica conhecida e aplicada, sem condições, portanto de cura ou de prolongamento da sobrevivência. Segundo Holland (Psychological issues in the care of the terminal III, Directions in psychiatry, Nova York: Hatherleigh, 1982), é terminal aquele paciente que apresenta duas características fundamentais: a da incurabilidade e a do fracasso terapêutico dos recursos médicos (FRANÇA, 2017, p. 560).

Portando, entende-se por paciente terminal aquele que está acometido por doença incurável e irreversível, independentemente de receber ou não tratamento médico, em que a morte é fato que se dará de forma imediata ou em curto espaço de tempo. A Sociedade

Espanhola de Cuidados Paliativos (SECPAL) elenca uma série de elementos caracterizadores que são importantes não apenas para definir tal situação, mas também para estabelecer adequadamente a terapêutica a ser adota. Quais sejam: diagnóstico de doença avançada, progressiva e incurável, somada à impossibilidade razoável de resposta a tratamentos específicos, atrelado a inúmeros problemas ou sintomas intensos que causem grande impacto emocional no paciente, família e equipe médica e cujo prognóstico de vida seja inferior a seis meses (SECPAL, 2014).

Também é pertinente trazer o conceito de paciente em estado vegetativo permanente, que, nas palavras de Rosenvald (2015),

[...] é uma condição de incapacidade que aconteceu em determinado momento e ainda persiste. Caracteriza-se por uma situação clínica de completa ausência de consciência de si e do ambiente circundante. Não há uma impossibilidade de interação com o próximo; ausência de resposta a qualquer forma de estímulo e incontinência urinária e fecal. Porém, não há morte cerebral, pois restam preservadas as funções hipotalâmicas e anatômicas suficientes para a sobrevivência (ROSENVALD, 2015).

França (2017) traz o conceito de paciente em estado vegetativo continuado ou persistente:

[...] pacientes em estado vegetativo continuado ou persistente é aquele que apresenta lesão recente do sistema nervoso central, com ou sem diagnóstico definitivo, mas que deve ter cuidados conduzidos nos moldes dos pacientes salváveis, merecendo assim todo suporte vital necessário e disponível (FRANÇA, 2017, p. 559).

Já os critérios para diagnosticar o paciente com morte encefálica encontram-se dispostos na resolução do CFM 1.480, de 1997:

[...] Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinhal e apneia.

Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas
- d) acima de 2 anos - 6 horas [...] (CFM, 1997).

Explicitar previamente os conceitos de paciente terminal e de paciente em estado vegetativo se torna necessário, uma vez que se referem a pessoas que, normalmente, estão relacionadas diretamente com os temas que serão conceituados na sequência.

Feitas tais conceituações, passa-se a diferenciar eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido, bem como tratamentos essenciais, tratamentos paliativos e tratamentos extraordinários ou desnecessários.

Lopes, Lima e Santoro (2014) conceituam assim eutanásia:

Palavra derivada do grego, a eutanásia (eu = boa, thánatos = morte) deve se entendida como o ato de ceifar-se a vida de outra pessoa acometida por uma doença incurável, que lhe causa insuportáveis dores e ferimentos, por piedade e em seu interesse. O que motiva o autor da eutanásia, então, é a compaixão para com o próximo, isto é, busca-se fazer um 'bem' àquele doente, fator diferenciador de homicídio simples (matar alguém). Por isso, ausente a compaixão, há que se falar em eutanásia, mas sim em homicídio (LOPES; LIMA; SANTORO, 2014, p. 56).

A eutanásia decorre de uma ação ou omissão por parte do autor do ato. Por essa razão, subdivide-se em duas classes: a ativa e a passiva. A eutanásia ativa ocorre quando o autor der causa ao início do evento que abreviará a vida de outrem. Já a eutanásia passiva ocorrerá quando o autor for omisso, normalmente, contribuindo com a interrupção ou redução drástica dos cuidados médicos que suportam a vida. Ainda segundo Lopes, Lima e Santoro (2014, p. 57), é possível subclassificar a eutanásia ativa em duas: ativa direta, na qual se tem o encurtamento da vida do paciente por meio de condutas positivas, "ajudando-o a morrer"; e ativa indireta, na qual não se busca a morte do paciente em primeiro plano, mas sim aliviar a dor ou o sofrimento, mediante a utilização de fármacos, os quais, secundariamente, levaram esse paciente à morte.

Importante destacar, como bem lembra França (2017, p. 560), que pacientes, após rigorosa análise, diagnosticados com morte encefálica serão considerados mortos, sendo que a suspensão dos meios artificiais não será considerada eutanásia.

A expressão “ortotanásia”, conforme relata Cabral (2015, p. 264), foi cunhada por Jacques Roskam, sendo apresentada no I Congresso de Gerontologia, na Bélgica, em 1950, revelando que entre o ato de antecipar a morte (eutanásia) e o de postergá-la (distanásia) existe a ortotanásia, que é intermediária, sendo conceituada como a morte no tempo certo. Bastos (2015, p. 6) explica que ortotanásia, etimologicamente, é de origem grega, significando “morte correta”, em que *orto* = certo e *thanatos* = morte.

Lopes, Lima e Santoro (2014) sustentam que se deve compreender a morte como um processo natural e final de vida, e não como um fracasso. É o tempo certo do fim de um processo. Com base nesse espeque, é possível entender a ortotanásia como um procedimento de humanização do processo morte, que tem como base o respeito à morte digna. A intervenção médica na ortotanásia é responsável pela preservação da dignidade humana, uma vez que é por meio dela que o paciente terá garantido seu direito à morte boa, em seu tempo, respeitando os valores que ele sustentou em vida.

Porém, não se deve confundir ortotanásia com eutanásia passiva, conceitos que, apesar de guardarem semelhanças, possuem muitas diferenças. A semelhança reside na motivação, na compaixão ao próximo, externada e concretizada na omissão, na supressão da prestação ou na redução de fármacos. Isso resultará em uma morte sem dor ou sofrimento. Todavia, divergem de forma contrastante quanto ao momento da conduta em que se dá o início do processo mortal: enquanto na eutanásia passiva a morte será resultante direta da omissão, na ortotanásia o evento morte já teve seu início antes da omissão.

Insta destacar que a ortotanásia não se dá mediante o abandono do enfermo. Ao contrário. O instituto e seus defensores não sustentam ou preconizam o abandono do doente, mas sim a adoção de cuidados paliativos, que objetivam minorar a dor e proporcionar bem-estar à pessoa que necessita de força quando as dores lhe acometerem a alma. Os cuidados paliativos se restringem ao uso de medicamentos e/ou procedimentos que propiciam ao paciente o máximo de bem-estar físico, mental, social e espiritual, em busca de uma morte tranquila e digna.

O Instituto Nacional do Câncer José Alencar Gomes da Silva, em seu website, conceitua da seguinte forma cuidados paliativos:

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em conceito definido em 1990 e atualizado em 2002, ‘cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais’ (INCA, 2017).

Tal organização destaca, ainda, que:

[...] os cuidados paliativos devem incluir as investigações necessárias para o melhor entendimento e manejo de complicações e sintomas estressantes tanto relacionados ao tratamento quanto à evolução da doença. E, que apesar da conotação negativa ou passiva do termo paliativo, a abordagem e o tratamento paliativo devem ser eminentemente ativos, principalmente em pacientes portadores de câncer em fase avançada, onde algumas modalidades de tratamento cirúrgico e radioterápico são essenciais para alcance do controle de sintomas. Considerando a carga devastadora de sintomas físicos, emocionais e psicológicos que se avolumam no paciente com doença terminal, faz-se necessário um diagnóstico precoce e condutas terapêuticas antecipadas, dinâmicas e ativas, respeitando-se os limites do próprio paciente (INCA, 2017).

Lopes, Lima e Santoro (2014, p. 62) destacam: “Os cuidados paliativos propiciam ao paciente que tenha em sua hora final o máximo de bem-estar físico, mental, social e espiritual, mesmo quando não há a mínima perspectiva de cura”.

Para permitir que os cuidados paliativos obtenham o resultado de melhorar a vida do paciente e seus familiares, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1986, publicou os princípios que regem a atuação da equipe multiprofissional de cuidados paliativos, reafirmados em sua revisão de 2002:

1. Promover o alívio da dor e outros sintomas desagradáveis;
2. Afirmar a vida e considerar a morte como um processo normal da vida;
3. Não acelerar nem adiar a morte;
4. Integrar os aspectos psicológicos e espirituais no cuidado ao paciente;
5. Oferecer um sistema de suporte que possibilite o paciente viver tão ativamente quanto possível, até o momento da sua morte;
6. Oferecer sistema de suporte para auxiliar os familiares durante a doença do paciente e a enfrentar o luto;
7. Abordagem multiprofissional para focar as necessidades dos pacientes e seus familiares, incluindo acompanhamento no luto;
8. Melhorar a qualidade de vida e influenciar positivamente o curso da doença;

9. Deve ser iniciado o mais precocemente possível, juntamente com outras medidas de prolongamento da vida, como a quimioterapia e a radioterapia e incluir todas as investigações necessárias para melhor compreender e controlar situações clínicas estressantes (OMS, 2002).

Consideram-se, também, como pontos fundamentais para o tratamento do paciente e de sua família: a) que os sintomas do paciente sejam avaliados rotineiramente, sendo gerenciados de forma eficaz, por meio de consultas frequentes e intervenções ativas; e b) que as decisões relacionadas à assistência e tratamentos médicos sejam tomadas com base em princípios éticos.

Os cuidados paliativos são de responsabilidade de uma equipe interdisciplinar, pois é fundamental a avaliação de sintomas em todas as suas dimensões, para a definição e condução dos tratamentos farmacológicos e não farmacológicos, sendo imprescindível ao controle de todo e qualquer sintoma.

É de grande importância que a comunicação seja a mais adequada entre a equipe de saúde, familiares e pacientes, pois é a base para o esclarecimento e o favorecimento da adesão ao tratamento e a aceitação da proximidade da morte.

Porém, ressalta-se que os cuidados paliativos são totalmente diferentes de tratamentos fúteis ou extraordinários, considerados como tais aqueles que apresentam absoluta e comprovada ineficácia em relação à cura da pessoa.

Ressalta-se, também, que, ao contrário da ortotanásia, que busca proporcionar uma morte digna, a distanásia, se caracteriza por traços de desumanidade em seu tratamento, em razão do uso de medidas terapêuticas excessivas, as quais não produzem resultados, senão a potencialização do sofrimento do paciente. O *Código de Ética Médica*, em seu capítulo I, cuida dos princípios fundamentais, ressaltando no XXII: “Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados. Assim, é possível aduzir que ‘a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários’ representariam a distanásia” (CFM, 2010).

Pereira (2015, p. 125) conceitua etimologicamente a palavra *distanásia* como sendo de origem grega, significando “afastamento, adiamento, prolongamento da morte” (*dis* = afastamento, *thanatos* = morte). Portanto, seria o antônimo de *eutanásia*, uma vez que busca o prolongamento da vida a qualquer custo, mesmo que não se tenha uma melhora clínica.

Já mistanásia, nas palavras de Claudino (2015), consubstancia-se na morte fora de hora, miserável. A referida autora complementa citando Moreira e Sá:

[...] Sá e Diogo Luna Moreira consideram-na como eutanásia social, e citam Martin para ressaltar seu caráter perverso “Nada tem de boa, suave ou indolor dentro da categoria de mistanásia pode-se focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo, os doentes que conseguem ser pacientes, para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má- prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana (MOREIRA; SÁ, 2012 *apud* CLAUDINO, 2015, p. 91).

Por fim, o suicídio assistido, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso e de Leticia Campos (2012),

[...] designa a retirada da própria vida com auxílio ou assistência de terceiros. O ato causador da morte é de autoria daquele que põe termo à própria vida. O terceiro colabora com o ato, quer prestando informações, quer colocando à disposição do paciente os meios e condições necessárias à prática. O auxílio e a assistência diferem do induzimento ao suicídio. No primeiro, a vontade advém do paciente, ao passo que no outro o terceiro age sobre a vontade do sujeito passivo, de modo a interferir com sua liberdade de ação. As duas formas admitem combinação, isto é, há possibilidade de uma pessoa ser simultaneamente instigada e assistida em seu suicídio. O suicídio assistido por médico é espécie do gênero suicídio assistido (BARROSO; CAMPOS, 2012).

Feitas as devidas conceituações e diferenciações sobre eutanásia, ortotanásia, distanásia, mistanásia e o suicídio assistido, bem como a diferenciação entre tratamentos paliativos e tratamentos extraordinários ou desnecessários, procede-se, no próximo tópico, às diferenciações, aos conceitos e ao histórico das diretivas antecipadas de vontade.

4. DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUAS DIFERENCIAÇÕES

Não raro, os novos conhecimentos científicos empregados para prolongar a vida do paciente terminal e/ou do paciente em estado vegetativo permanente, ao invés de lhe darem mais qualidade de vida, acabam por violar o corpo e a dignidade desses pacientes, resultando em tratamentos desprendidos de aspectos humanizados.

Diuturnamente, surgem ponderações, como as feitas por Policastro (2016):

Inúmeras vezes ouvimos pessoas comentarem: “se a fatalidade me atingir e eu for apanhado por doença incurável quero morrer logo”; “não quero prolongar meu sofrimento nem o da minha família”; “não quero ser submetido a tratamentos que não tragam nenhum benefício”; “quero deixar minha vida se esvaír normalmente” ou, então, “quero que recorram a todos os meios da ciência para que minha existência seja prolongada o máximo possível”. Na verdade, estas pessoas, conscientemente ou não, estão anunciando os tratamentos médicos que anseiam ou não para o final dos seus dias (POLICASTRO, 2016, p. 77).

Por se tornar cada vez mais comum esse tipo de desejo, tem se discutido sobre o melhor meio de ver reconhecida a vontade de uma pessoa quanto aos tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não receber.

Uma das distinções necessárias é conceituar e/ou diferenciar testamento vital, mandado duradouro e diretiva antecipada da vontade.

Conforme artigo publicado por Maria Inês Nunes e Mário Fabri dos Anjos (2014) na revista de bioética do CFM, o testamento vital, ou *living will*, surgiu há mais de quatro décadas. Foi proposto pelo advogado Luis Kutner como meio de resolução dos conflitos que surgem no final da vida entre o paciente e o médico em relação às preferências deste por determinados tratamentos.

Os referidos autores também citam a Medical Subject Headings⁶⁰, que, de acordo com o Bioethics thesaurus⁶¹, define as diretivas antecipadas como declaração feita com antecedência pelo paciente, na qual está competente para decidir a respeito do seu cuidado, informando sua preferência ou autorizando outra pessoa a decidir por ele.

As diretivas antecipadas de vontade, que são gênero, possuem duas espécies: a) “testamento vital”, na qual o paciente delimita a quais tratamentos médicos deve ou não ser submetido e em que situações futuras deve ou ser submetido a estes tratamentos; e b) “*Durable Power of Attorney*” (DPA), ou, em português, “mandato duradouro”, que consiste na nomeação de outra pessoa (representante legal ou procurador), a qual terá poderes para decidir em nome deste paciente pelo período em que este se veja incapaz temporariamente ou permanentemente.

Ainda conforme Nunes e Dos Anjos (2014):

⁶⁰ Biblioteca Nacional de Medicina dos Estados Unidos da América.

⁶¹ A Biblioteca de Pesquisa em Bioética do Instituto Kennedy de Ética é o lar da coleção de materiais mais abrangentes do mundo sobre a ética da saúde, pesquisa biomédica, biotecnologia e meio ambiente.

As diretivas antecipadas de vontade podem ser divididas em dois subgrupos: 1) afirmação de valor; 2) instrução diretiva. Uma afirmação de valor descreve as preferências gerais e os valores do paciente em relação ao tratamento médico de modo geral, mas não trata de formas específicas de tratamento ou enfermidade. A instrução diretiva expressa a preferência ou recusa por determinado tratamento médico no contexto de determinada doença (NUNES; DOS ANJOS, 2014, p. 242).

No Brasil, o CFM, no art. 1º da Resolução 1.995/2012, conceitua assim diretivas antecipadas da vontade:

Art. 1º. Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade (CFM, 2012).

O art. 2º desta Resolução do CFM aduz, ainda, que as diretivas antecipadas da vontade podem ser entendidas como gênero do qual são consideradas espécies o testamento vital e o mandado duradouro.

Dadalto (2015) é clara ao afirmar que os poucos estudos brasileiros sobre o tema fazem uma enorme confusão com esses institutos, acabando por induzir, erroneamente, que são institutos iguais. Segundo a referida autora, a distinção entre os institutos foi feita em 1990, pela *Patient Self-Determination Act* (PSDA), uma lei norte-americana considerada como a primeira do mundo a tratar sobre diretivas antecipadas.

Dadalto (2015) assim conceitua tais institutos:

Uma diretiva antecipada é um termo geral que contém instruções acerca dos futuros cuidados médicos que uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida. Esta denominação, diretivas antecipadas, na realidade, constitui gênero e compreende dois tipos de documentos em virtude dos quais se pode dispor, anteriormente, a vontade da pessoa que os redige. Assim, por um lado temos o chamado testamento vital, e por outro, o mandato duradouro (DADALTO, 2015, p. 89).

Em outras palavras, as diretivas antecipadas de vontade se consolidam em um documento confeccionado por pessoa capaz, cujo objetivo é dispor sobre tratamentos médicos aos quais porventura venha a se submeter. Portanto, as diretivas antecipadas são gênero que têm como espécies o mandato duradouro e o testamento vital.

As diretivas antecipadas de vontade, ordinariamente chamadas de “testamentos vitais”, podem ser manifestadas oralmente ou por escrito e ser revogadas ou modificadas em qualquer momento, mas apenas por quem as produziu.

Testamento vital é um negócio jurídico, uma declaração de vontade privada destinada a produzir os efeitos que o agente pretende e que o direito reconhece. Assemelha-se com o instituto do testamento, que também é unilateral, personalíssimo, gratuito e revogável. Todavia, distancia-se deste por duas características essenciais deste instituto: a produção de efeitos *post mortem* e a solenidade.

O objetivo de confeccionar um testamento vital é assegurar e indicar o tipo de tratamento que não deve ser iniciado, o que deve cessar e assegurar, também, os cuidados que o paciente pretende que lhe sejam prestados. Gera uma enorme contradição quanto ao conceito, ao objeto, por assim dizer, a que se presta o testamento no ordenamento jurídico pátrio. Gonçalves (2012) traz a clássica definição de Modestino, que provém do Direito antigo, tendo perdurado através dos séculos: “*Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*” (Testamento é a justa manifestação de nossa vontade sobre aquilo que queremos que se faça depois da morte).

Para Venosa (2009, p. 176), “o testamento é um dos pontos mais relevantes do direito privado, pois é nele que se revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada”.

Venosa (2009) utiliza o termo *autonomia da vontade privada*, atualmente superado, substituído por *autonomia privada*, que, conforme esclarecido anteriormente e reforçado adiante, está mais adequado à nova realidade jurídica.

Dados recentes publicados no site do Colégio Notarial do Brasil (2017) dão conta que de 2012 a 2016 houve um crescimento de 700% na formalização do testamento vital, o que totaliza 623 atos lavrados. Destes, 536 estão concentrados no estado de São Paulo, 61 no Rio Grande do Sul e 26 em Minas Gerais.

O mandato duradouro, nas palavras de Dadalto (2015, p. 88), é um instrumento que tem por finalidade nomear ou sub-rogar um ou mais “procuradores”, que terão a função de decidir em nome do paciente que se encontra impossibilitado, devendo ser consultados pelos médicos em caso de incapacidade (definitiva ou transitória) do paciente acerca de alguma decisão quanto à adoção ou não de determinado tratamento.

Ambos os documentos – o mandado duradouro e o testamento vital – podem e devem ser utilizados quando o paciente estiver impossibilitado de se expressar de forma livre e consciente, mesmo que seja temporariamente. Ou seja, não são documentos que guardam relação de uso exclusivo com situações de terminalidade. Contudo, em face de o mandado duradouro possuir um espectro de ação maior, é mais comum ser ligado a situações transitórias, sendo o testamento vital obstrito a situações de fim de vida.

É por meio da adoção de uma dessas medidas que o indivíduo pode manifestar, por escrito – no caso do testamento vital – ou por intermédio de um representante – na hipótese do mandato duradouro – a quais intervenções médicas admite ser submetido no futuro, na eventualidade de no momento em que se fizer necessária ou aconselhável a prática de tais intervenções encontrar-se incapacitado para prestar validamente seu consentimento ou escolha.

O que se percebe, portanto, é a necessidade de compreender as diferenciações dos institutos pertinentes, para evitar confusão que possa impedir o implemento de quaisquer destes no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que compatível.

5. CONCLUSÃO

O art. 5º, inciso III, da Constituição Federal garante que ninguém será submetido a tratamento degradante ou desumano. Nesta esteira, o Código Civil de 2002, em seu art. 15, dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”, em razão também do princípio da liberdade ao próprio corpo.

Como se pode notar, o respeito à dignidade da pessoa humana é princípio fundamental de que derivam todos os demais direitos. A dignidade não visa apenas assegurar um tratamento não degradante nem conduz ao mero oferecimento de garantias à integralidade física do ser humano.

A vida deixa, portanto, de ser apenas o primeiro e mais fundamental do direito tutelado pelo ordenamento jurídico e se torna condição primordial para o exercício de outros direitos.

Em respeito à autonomia privada, é necessário permitir a livre manifestação de vontade do indivíduo, quer seja no gerenciamento dos seus bens materiais, quer seja no

destino que dará a sua vida ou corpo, visando limitar as intervenções médicas não curativas em certas situações terminais ou de inconsciência irreversível, situação na qual o indivíduo está incapaz de externar sua vontade. Por isso, é preciso estabelecer qual o limite do exercício dessa autonomia, vez que determinados tratamentos não poderiam ser afastados.

Indubitavelmente, por mais preciosa que a vida seja, ela só tem sentido e valor se abarcada no conceito de dignidade humana, que é de cunho altamente subjetivo. Não há sentido transformar o direito à vida em dever. O Estado, ao tutelar o direito à vida, deve entender que uma vida, se não mais conseguir ser digna e se fugir dos parâmetros mínimos de qualidade, não deve mais ser mantida forçosamente. O Estado deveria, então, ter a obrigação de assegurar ao enfermo o direito de morrer dignamente, sem que haja responsabilização das pessoas envolvidas.

Faz-se necessário, portanto, criar uma norma regulamentadora que pacifique as controvérsias acerca das especificidades formais e materiais das diretivas antecipadas de vontade e possibilite sua eficácia. Ademais, a difusão das diferenças entre os termos conexos se mostra necessária para evitar uma unificação e confusão no momento da regulamentação do tema. Por fim, necessário se faz reconhecer, tanto nas diretivas antecipadas de vontade quanto nos cuidados paliativos, o direito do paciente que optar por essas práticas a uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Zenaida Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, março de 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 26 junho 2017.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por danos morais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Marco. *O doente imaginado: os riscos de uma medicina sem limites*. Tradução Mônica Gonçalves. 1. ed. São Paulo: Bamboo Editorial, 2014.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 3 novembro 2017.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 novembro 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 3 de novembro 2017.

BRASIL. Seção Judiciária do Distrito Federal. Processo n. 2007.34.00.014809-3. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo, 14. Vara Cível. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 1 dezembro 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-resolucao-cfm-180596.pdf>> Acesso em: 26 novembro 2017.

BRUM, Eliane. Testamento vital: Conselho Federal de Medicina prepara documento para garantir dignidade na morte. Revista Época, Colunistas, 12 de julho de 2010. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI154190-15230,00.html>> Acesso em: 08 março 2017.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. et al. Ortotanásia: Bioética, Biodireito, Medicina e direitos de personalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CARVALHO, Ricardo Tavares de; PARSONS, Henrique Afonseca (Orgs.). Manual de Cuidados Paliativos ANCP. 2. ed. São Paulo: s. n., 2012.

CLAUDINO, Alessandra Helen Alves. Diretivas Antecipadas de vontade no ordenamento jurídico Brasileiro. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 133, fev 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15785>. Acesso em: 03 outubro 2017.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito civil: obrigações, responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 2.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito civil: contratos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805 de 2006. Publicada no D.O.U., 28 novembro 2006, Seção I, p. 169. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=21154:justica-valida-resolucao-1805->> Acesso em: 08 março 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995 de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Publicada no D.O.U. de 31 de agosto de 2012, Seção I, p.269-70. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>> Acesso em: 17 outubro 2017.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. Exame do Cremesp reprova mais da metade dos médicos recém-formados. 2016. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/pdfs/releasefinal2examecremesp2016.pdf>> Acesso em: 16 outubro 2017.

COSTA, Judith Martins. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

DADALTO, Luciana. Testamento Vital. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis: breves notas sobre o princípio da boa-fé objetiva e sua influência nas relações contratuais. Portal Ciclo, Artigos Direito, 2017. Disponível em: <http://www.portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/deveres_gerais_de_conduta_e_boa_fe_marcos_ehrhardt.pdf> Acesso em: 20 setembro 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 17.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. Comentários ao Código de Ética Médica. 3 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan S.A., 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito médico. 14. ed. Rio de Janeiro: forense, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

GODINHO, Adriano Marteleto. A responsabilidade civil dos profissionais da saúde pela violação da autonomia dos pacientes. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). Responsabilidade civil: Novas tendências. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2017, p. 463-475.

GODINHO, Adriano Marteleto. Testamento vital e o ordenamento brasileiro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2545, 20 jun. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/15066>>. Acesso em: 26 março 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 4.

GUERRA, André. Natureza da obrigação do médico: meio ou resultado . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3087, 14 dez. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20624>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 227, 20 fev. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4839>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tábuas Completas de Mortalidade 2015. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2015/default.shtm>> Acesso em: 18 setembro 2017.

KÜBLER-ROSS, Elizabeth. Sobre a morte e o morrer: o que os doentes têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes. Tradução Paulo Menezes. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOPES, Antonio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia: Aspectos médicos e jurídicos. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CLIPPING. Ano XXIX, n. 109, 21 junho 2016. Disponível em

<<https://www.mpmg.mp.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A91CFAA5571F988015572C4082B6878>> Acesso em: 16 outubro 2017.

POLICASTRO, Décio. Pacientes e médicos: seus direitos e responsabilidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (Coord.). Responsabilidade civil: novas tendências. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SAMPAIO, Antônio Vasconcelos. A vida para o direito. DireitoNet, 21 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5211/A-vida-para-o-Direito>>. Acesso em: 15 maio 2017.

SCHEFFER, Mário; BIANCARELLI, Aureliano; CASSENOTE, Alex (Coord.) Demografia Médica no Brasil: dados gerais e descrições de desigualdades. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo e Conselho Federal de Medicina, 2011.

SOARES, João Batista Gomes. Brincando de formar médicos. Conselho Regional de Medicina de Minas Gerais, Artigos, 2017. Disponível em <<http://www.crmmg.org.br/interna.php?n1=13&n2=26&referencia=brincando-de-formar-medicos>> Acesso em: 19 setembro 2017.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS. Guia de Cuidados Paliativos. Biblioteca, 2014. Disponível em: <http://www.secpal.com/biblioteca_guia-cuidados-paliativos_2-definicion-de-enfermedad-terminal> Acesso em: 03 outubro 2017.

STANCIOLI, Brunello de Souza. Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 2.

VELOSO, Cid. Medicalização da vida. Rede dos Conselhos de Medicina, 29 novembro 1999. Disponível em: <
http://www.portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20380:medicalizacao-da-vida&catid=46> Acesso em: 16 novembro 2017.
VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v.1.

O PLURALISMO JURÍDICO LABORAL NA REFORMA TRABALHISTA E A PSEUDO MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

THE WORK LEGAL PLURALISM IN BRAZILIAN LABOR REFORM LAW AND THE
FALSE IMPROVEMENT OF WORKING CONDITIONS

Geraldo Antônio Avelino⁶²

RESUMO

A reforma trabalhista introduzida no país através da Lei 13.467/2017 objetivou na visão da Presidência da República tornar o Brasil um Estado mais competitivo, mais produtivo e com mais empregos. Destaca-se a efetivação do pluralismo jurídico laboral quando permite que os entes coletivos laborais possam estabelecer normas que poderão até mesmo prevalecer sobre o legislado. No presente artigo busca-se analisar se a flexibilização e desregulamentação trabalhistas, de fato acarretaram melhorias aos trabalhadores. Neste sentido serão enfatizadas as alterações ocorridas nas figuras das horas *in itinere*, a prevalência do negociado sobre o legislado e a não obrigatoriedade da contribuição sindical.

Palavras chave: Pluralismo Laboral; Reforma Trabalhista; Contribuição Sindical; Negociado sobre o legislado.

ABSTRACT

The labor reform introduced in the country through the law 13.467/2017 aimed at the perspective of the Presidency of the Republic to make Brazil a state more competitive, more productive and with more jobs. It stands out the effect of the legal pluralism of employment when it allows the workers' collectives to be able to establish rules that may even prevail over the legislature. This article seeks to analyze whether labor relaxation and deregulation, in fact led to improvements for workers. In this sense, the changes in the figures of the hours in travelling, the prevalence of the negotiated on the legislation and the non-obligation of the Union contribution will be emphasized.

Keywords: Labour pluralism; Labor reform; Union contribution; Negotiated over the legislature.

⁶² Geraldo Antônio Avelino é Mestre em Direito pela UAL - Universidade Autónoma de Lisboa e professor da FAC na Disciplina Direito do Trabalho II.

1. INTRODUÇÃO

Observa-se na atualidade uma crise que afeta os trabalhadores no mundo, e especificamente no Brasil, em decorrência de significativos eventos sociopolíticos, que tende a se agravar. Batem à porta dos trabalhadores brasileiros a flexibilização; a desregulamentação, ou seja, a reforma trabalhista, que segundo o Governo Federal são medidas necessárias para tornar o país mais competitivo, mais produtivo e com mais empregos.

Todavia, ainda não vislumbramos de forma concreta avanços positivos para o trabalhador nas medidas recentemente implantadas na legislação laboral brasileira. O que se observa de fato é uma forte pressão dos atores econômicos e do Estado com o escopo de tentar demonstrar que os entraves de uma legislação trabalhista protecionista tida como arcaica estão a promover o desaquecimento da economia e o desemprego.

Noutro viés que afeta muito aos trabalhadores brasileiros está a questão previdenciária elencada também como responsável pela crise estatal vigente. Daí verifica-se por parte do Estado diversas ações no sentido de reformar o sistema de previdência pública estatal. Uma vez implementada a reforma previdenciária nos moldes propostos trará consequências eminentemente gravosas ao segurado empregado.

Questionamos a legitimidade daqueles responsáveis pela propositura das citadas mudanças e no mesmo sentido também dos responsáveis pela aceitação e alteração de legislações tão sensíveis para a sociedade. Indagamos ainda se as reformas trabalhistas entabuladas no Brasil e as previdenciárias que se avizinham, expressam a vontade dos cidadãos que outorgaram os mandatos aos atuais legisladores.

O Estado na atualidade não é mais o único produtor do direito. Na seara laboral brasileira a Lei 13.467/2017 teve como ponto relevante enfatizar a participação dos entes coletivos trabalhistas na elaboração de normas jurídicas, podendo tais normas em determinadas situações prevalecer sobre o estabelecido na Lei. Destaca-se que no mesmo diploma legal foi retirada a compulsoriedade do imposto sindical que até então era a principal fonte de custeio dos Sindicatos.

O presente trabalho visa demonstrar que a evolução da passagem do pluralismo jurídico laboral, ao monismo estatal, e o seu retorno na atualidade através das figuras da flexibilização e desregulamentação trabalhistas, não se consubstanciam na atualidade na efetivação de melhorias das condições estruturais de trabalho em decorrência das situações (econômicas e laborais) complexas vivenciadas e pelas pressões de atores econômicos.

O fato é que o direito laboral brasileiro encontra-se na atualidade ainda desorientado em face às reformas trabalhistas⁶³ entabuladas pelo Presidente da República Michel Miguel Elias Temer Lulia no ano de 2017, regulamentadas em parte pela MP 808/2017 que não se encontra mais em vigor.

As mudanças entabuladas na CLT visam na visão do Presidente da República reorganizar o Brasil para a recuperação econômica e melhorar o ambiente de negócios⁶⁴. Dentre as vários pontos tratados na reforma, destacamos a extinção do direito das horas *in itinere* aos trabalhadores⁶⁵; a prevalência do acordado sobre o legislado em determinadas hipóteses⁶⁶ e a não obrigatoriedade da contribuição sindical⁶⁷, que serão tratadas no desenvolvimento deste trabalho.

⁶³ A Lei 13.467/2017 originou-se do PL 6.787/2016 enviada pelo Poder Executivo em 23/12/2016 com a seguinte ementa: “*Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências*”. O citado Projeto de Lei foi levado à apreciação do Presidente da República pelo então Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira de Oliveira e apresentava como justificção: a) o aprimoramento das relações de trabalho; b) a valorização da negociação coletiva; c) a atualização de mecanismos de combate à informalidade da mão de obra; d) a regulamentação do artigo 11 da Constituição Federal e a atualização da legislação que trata do trabalho temporário.

⁶⁴ Conforme a Assessoria de Imprensa do Poder Executivo Federal, a reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467/2017 no Brasil é necessária e objetiva “[...] *tornar o País mais competitivo, mais produtivo e com mais empregos, o Governo do Brasil alterou as regras trabalhistas. Depois de 74 anos com as mesmas normas, entra em vigor, no sábado (11), uma nova lei, moderna e adequada aos tempos atuais. Na prática, isso significa melhores relações entre trabalhadores e empregadores. As mudanças são, ainda, parte de uma série de ações adotadas para reorganizar o País, para recuperar a economia e melhorar o ambiente de negócios (grifo nosso). A nova lei trabalhista é mais um passo para colocar o Brasil no século 21. Há muito ainda para ser feito, mas o País voltou ao caminho certo*”. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/trabalhista/textos/nenhum-direito-a-menos-modernizacao-trabalhista-deixa-pais-mais-moderno>

⁶⁵ A CLT Decreto 5.452/43 alterado pela Lei 13.467/207 concedia o direito aos trabalhadores das horas *in itinere* introduzido no ano de 2001 pela Lei nº 10.243. Naquela forma, o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e também o necessário para o seu retorno, era computado na duração da jornada de trabalho caso o local de trabalho fosse de difícil acesso ou não servido por transporte público, e o empregador fornecesse a condução. Todavia, com a reforma tal direito não é mais devido uma vez que a nova redação do §2º do artigo 58 da CLT não mais considera este tempo na duração da jornada. “§ 2º *O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador*”. (Grifo nosso)

⁶⁶ A reforma introduziu na CLT o artigo 611-A que admite a prevalência do estabelecido em negociação coletiva sobre a lei, enfatizando que não serão apenas os elencados em seus 15(quinze) incisos. “Art. 611-A. *A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...]*”

⁶⁷ A compulsoriedade da contribuição sindical, para os trabalhadores e empregadores, foi retirada da legislação laboral brasileira com a alteração do artigo 578 da CLT, que passou a exigir prévia e expressa autorização. “Art. 578. *As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas*”. (Grifo nosso)

2. O MONISMO E O PLURALISMO JURÍDICO LABORAL

Na visão de Norberto Bobbio (2005), a sociedade até então era pluralista e composta de vários ordenamentos jurídicos que se opunham ou se integravam. Com o passar do tempo erigiu-se apenas o Estado como o único centro produtor do direito, em decorrência do processo de centralização do poder normativo e coativo em suas mãos, o que o eminente jurista denomina de monopolização da produção jurídica.

Evidencia-se na história do direito do trabalho que as primeiras regras delimitadoras da atividade laboral foram ditadas pelas Corporações de Ofícios, que buscavam discutir e inserir em suas normas os interesses específicos do grupo. Mister salientar, que não possuíam as Corporações de Ofício na Idade Média o objetivo de obter maiores salários ou mesmo a diminuição da jornada de trabalho, haja vista que num primeiro momento tais associações eram compostas por artífices, patrões e até mesmo por escravos (desde que fosse este o interesse dos seus senhores que pagavam pelo aprendizado do ofício). O principal objetivo das Corporações de Ofício era gerir a passagem e a manutenção do conhecimento do ofício específico⁶⁸.

Em meados do século XIV, as Corporações de Ofício, então já mais organizadas, elencaram como seus principais objetivos a regulação da capacidade produtiva de seus membros e a regulamentação das técnicas produtivas. Observou-se ainda em alguns ofícios a regulamentação no sentido de proibir o trabalho de crianças com idade inferior a 12 anos. Contudo, a jornada de trabalho permanecia excessivamente longa terminando com o pôr do sol. Destaca-se que a determinação do término da jornada ao pôr do sol não se dava como medida de proteção aos aprendizes e companheiros, mas sim pelo interesse econômico dos mestres, donos das oficinas, haja vista a concreta possibilidade de perda da qualidade dos materiais ou serviços em decorrência da insuficiente luminosidade. (MARTINS, 2000).

O desenvolvimento das Corporações de Ofício, detentora do conhecimento das técnicas de arte, passou em determinado momento a preocupar os governantes, uma vez que por diversos fatores observou-se o desaparecimento da mão de obra essencial para o

⁶⁸ Segundo Eurípedes Simões de Paula, quando do início da formação das Corporações de Ofício, havia uma troca de informações, de experiências que construíam em seus componentes “o sentimento de pertencerem a uma comunidade, coisa muito importante, onde o interesse econômico não predominava. Não havia regras de comércio ou de profissão para o estabelecimento de preços ou solicitações de privilégios especiais, pois que os assalariados eram muito poucos, sendo a maioria dos artesãos constituída de escravos”. PAULA, Eurípedes Simões de. **As origens das corporações de ofício: as corporações em Roma**. Revista de História – Ano XVI – vol. XXXII. p.5 Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/124022/120204>

desenvolvimento do Estado como um todo. Daí, o Estado passou a ter que lidar com um poder até então inexistente, a regulamentação pelas corporações da disponibilização da mão de obra.

Com a Revolução Francesa em 1791, auge do liberalismo⁶⁹ econômico, na França foi introduzida a *Lei Le Chapelier* proibindo a existência das Corporações de Ofício. A Lei de Chapelier de 1791 veio a extinguir quaisquer tipos de Corporações de Ofício, proibindo o seu restabelecimento sob quaisquer pretextos ou forma, uma vez que os objetivos de tais associações eram considerados como contrários às bases fundamentais da constituição francesa⁷⁰. Eventuais deliberações oriundas das Corporações atribuindo preço às suas indústrias ou trabalhos foram consideradas inconstitucionais e sem efeito, pois atentavam contra a liberdade e a declaração dos direitos do homem⁷¹. Segundo Sérgio Pinto Martins, “*outras causas da extinção das corporações de ofício foram a liberdade de comércio e o encarecimento dos produtos das corporações*”. (MARTINS, 2000, p. 171).

A migração da população do campo para as cidades, o abuso na exploração da mão de obra, as doenças decorrentes das condições insalubres, os acidentes de trabalho e a concentração proletária em péssimas condições no entorno das fábricas, causaram de veras grave problema social. Daí, em função de tal situação e também por imposição da Igreja Católica iniciou-se a necessária intervenção do Estado com o escopo de regular a relação entre empregado e empregador⁷² bem como as questões sociais advindas da concentração do proletariado nas grandes cidades⁷³.

⁶⁹ Segundo Sérgio Pinto Martins (2000) “o liberalismo do século XVIII pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica *laissez faire, laissez passer, laissez*.” (MARTINS, p.171, 2000)

⁷⁰ *Loi Le Chapelier du 14 juin 1791. Art. 1. L'anéantissement de toutes espèces de corporations des citoyens du même état ou profession étant une des bases fondamentales de la constitution française, il est défendu de les rétablir de fait, sous quelque prétexte et quelque forme que ce soit.*

⁷¹ *Loi Le Chapelier du 14 juin 1791. Art. 4. Si, contre les principes de la liberté et de la constitution, des citoyens attachés aux mêmes professions, arts et métiers, prenaient des délibérations, ou faisaient entre eux des conventions tendant à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux. lesdites délibérations et conventions, accompagnées ou non du serment, sont déclarées inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme, et de nul effet ; les corps administratifs et municipaux seront tenus de les déclarer telles. Les auteurs, chefs et instigateurs, qui les auront provoquées, rédigées ou présidées, seront cités devant le tribunal de police, à la requête du procureur de la commune, condamnés chacun en cinq cent livres d'amende, et suspendus pendant un an de l'exercice de tous droits de citoyen actif, et de l'entrée dans toutes les assemblées primaires.* (grifo nosso)

⁷² Sergio Pinto Martins (2000) enfatiza a preocupação da Igreja Católica com o proletariado que iniciou-se com o Bispo de Annecy Dom Rendu culminando com a Encíclica *Rerum Novarum*: “A Encíclica “*Rerum Novarum*” (coisas novas), de 1891, do Papa Leão XIII, pontifica uma fase de transição para a justiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão. Já dizia o referido papa que não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital”. A Igreja continuou a preocupar-se com o tema, tanto que foram elaboradas novas encíclicas: “*Quadragesimo Anno*” de 1931, e *Divini Redemptoris*” de Pio XII;

O exposto mostra que era patente na sociedade da época apenas o interesse econômico, culminando com a mínima intervenção do Estado na seara laboral. Segundo Wilcinete Dias Soares (2013), foi um período extremamente gravoso para os trabalhadores uma vez que praticamente inexistiam direitos individuais que os assegurassem. Destaca ainda o autor, a ausência de quaisquer preocupações do Estado no sentido de garantir a segurança dos trabalhadores, sendo ainda permitido o trabalho em jornadas desumanas de sol a sol para crianças e gestantes⁷⁴.

Após o início da Primeira Guerra Mundial em 1919 o Estado passou a intervir de forma mais enfática na relação entre patrão e empregado, que até então se dava através dos contratos de locação de serviços. Neste sentido, o Estado passou a legislar sobre direito laboral, regulando a jornada; o trabalho do menor e da mulher, bem como implementando as primeiras medidas ligadas às questões de segurança laboral, abandonando assim o *laissez-faire*. (SOARES, 2013).

Já com o final da Segunda Grande Guerra, em resposta às questões sociais advindas com o final do conflito, o Estado passa a operar significativas mudanças no tocante a implementação dos direitos sociais. Observa-se até então um alargamento do conceito de cidadania, no sentido da dignidade da pessoa humana e nas funções do Estado, sendo que algumas destas concepções foram introduzidas nas novas Constituições de Estado democrático ainda no primeiro pós guerra. Necessário salientar, que tais direitos alargados e expressos nas Constituições, possuíam natureza eminentemente proclamatória, programática sinalizante de um compromisso político e de aspirações sociais que remetiam para posterior atividade legislativa.

Mater et Magistra" de 1961, de João XXIII; Populorum Progressio" de 1967. de Paulo VI; "Laborem Exercens" do Papa João Paulo II, de 14 de setembro de 1981". (MARTINS, 2000, pp. 174-175)

⁷³ Até então nestes primeiros tempos, observava-se uma estrutura social composta por pequenos empresários e trabalhadores, “*com fraca e igual capacidade de pressão (quer perante os concorrentes, quer perante os poderes públicos). Por isso não havia necessidade de o estado intervir e regular os conflitos de interesses entre o empresariado, que assegurava por si só um certo equilíbrio de forças. O estado-polícia-sinaleiro não tinha que intervir de forma sistemática a regular o (trânsito) dos interesses; bastava que interviesse esporadicamente quando algum acidente mais grave o justificasse*”. (NUNES, 2015, p.19)

⁷⁴ As primeiras leis trabalhistas marcaram a princípio o comprometimento do Estado com a proteção do trabalhador enquanto parte mais fraca da relação trabalhista. Todavia, de fato os interesses dos legisladores da época, que representavam a burguesia e comandavam os interesses do Estado “*era o de proteger os interesses de longo prazo dos empresários*”, uma vez que na Europa especialmente na França e Inglaterra, estudos demonstravam que “*as condições de trabalho nas fábricas e o trabalho precoce das crianças estavam a provocar uma profunda dilapidação do ‘capital humano’ e a gerar uma ‘sociedade ameaçada por uma população desamparada e sem princípios*”. (NUNES, 2015, p.20)

Todavia, é somente a partir do segundo pós guerra que desponta significativa mudança no entendimento até então vigente, no sentido de garantir a efetividade dos direitos fundamentais elencados nas Cartas Magnas. Desta forma os direitos fundamentais passaram a adquirir um caráter supremo, material e formal, vinculando juridicamente todos os entes públicos à sua força normativa, inclusive a vontade do legislador. (NOVAIS, 2010)

Destaca-se que após a criação e estruturação da OIT – Organização Internacional do Trabalho e a constitucionalização do direito laboral, com inserção de diretrizes gerais de valorização do trabalho num Estado Democrático de Direito, ocorreu a afirmação do direito do trabalho como o mais clássico e abrangente instrumento de políticas sociais para os trabalhadores. (DELGADO, 2018)

No Brasil, a Constituição de 1988, incorporou princípios jurídicos importantes para a área trabalhista, como o da dignidade da pessoa humana; a valorização do trabalho e do emprego e da justiça social. Assegurou ainda a Carta Magna como direitos dos trabalhadores o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, determinando ainda ser obrigatória a participação dos Sindicatos nas Negociações Coletivas. Introduziu-se também a possibilidade para que os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios de legislar sobre direito do trabalho⁷⁵. Em 2017 a Lei 13.467/2017 veio a elastecer o campo de atuação da Negociação Coletiva.

Assim, observa-se no tocante ao Direito do Trabalho o pluralismo jurídico, ou seja, a existência de espaço para a participação de entes diversos do Estado na elaboração jurídica laboral, desde que o legislador assim entenda. O que é destacado por Antonio Carlos Wolkmer (2001) que ratifica o entendimento de que na atualidade o Estado não é mais única e exclusiva fonte de toda produção do Direito moderno em face das necessidades existenciais, materiais e culturais de grupos sociais específicos, que despontam uma multiplicidade de manifestações ou de práticas normativas, interagidas por conflitos ou consensos que, estão a romper o círculo da teoria estatal. (WOLKMER, 2001)

⁷⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. “Art. 22 *Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo*”.

3. A LEGITIMIDADE NA ELABORAÇÃO DAS NORMAS LABORAIS NA ATUALIDADE

O pluralismo laboral apresenta-se na atualidade sobre a denominação de flexibilização e desregulamentação trabalhista. O conceito de flexibilização externado pelo eminente professor Maurício Godinho Delgado (2018) é:

A possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada". (DELGADO, 2018, p.71)

O mesmo autor, no que diz respeito à desregulamentação trabalhista, ao defini-la afirma ser esta mais extremada que a flexibilização, uma vez que visa afastar de forma simples e pura as normas clássicas trabalhistas:

A desregulamentação trabalhista consiste na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. Em contraponto ao conhecido expansionismo do Direito do Trabalho, que preponderou ao longo da *história deste ramo* jurídico no Ocidente, a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventivas e protecionistas. (DELGADO, 2018, p.p 73-74)

Na área laboral observamos o pluralismo jurídico quando o Estado, através da vontade do legislador constituinte, estabelece situações específicas às quais outros entes passam também confeccionar normas trabalhistas. No Brasil a Constituição da República Federativa logo em seu artigo 1º, elenca que o Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ao tratar dos direitos sociais assegura como direitos dos trabalhadores o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, sendo obrigatória a participação dos Sindicatos nas negociações coletivas.

Com a reforma trabalhista advinda com a Lei 13.467/2017, foram inseridos pelo legislador os artigos 611-A e 611-B no Decreto Lei 5.452/43 com alterações introduzidas pela MP 808/2017 cuja vigência encerrou-se em 23 de abril de 2018. Destacamos que a citada alteração na CLT (inclusão dos artigos 611-A e 611-B) determinou que o estabelecido em Convenção Coletiva e Acordo Coletivo de Trabalho terão prevalência sobre a lei nos limites ali estabelecidos. Necessário salientar que no rol de direitos que podem ser objeto de ampla

reformulação há questões de ordem pública referentes à direitos indisponíveis ligados à saúde e segurança do trabalhador.

Indaga-se ainda a legitibilidade das propostas de alterações trabalhistas e previdenciárias apresentadas, e também a parciabilidade do legislador ordinário, no tocante à aceitação e elaboração das normas laborais em face aos diversos interesses antagônicos, políticos, laborais-sociais e econômicos, vigentes na atualidade.

Questionamos se vige ainda a ideia de Lincoln do “*governo do povo, pelo povo, para o povo*”, modo de justificação positiva da democracia externada nas Constituições democráticas, haja vista que o princípio democrático enfatizado implica além do postulado da democracia representativa, presente na clássica separação dos poderes, também a democracia participativa. Nesta, deve-se buscar a participação do cidadão nos processos de decisão e controle, devendo existir o respeito das divergências de opiniões, fazendo valer a vontade da maioria, com fito de transformar o Estado numa sociedade livre, justa e solidária, em que impere o bem estar e a qualidade de vida, mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais. (CANOTILHO, 2013)

De fato as mudanças presentes na área laboral advindas do aprimoramento tecnológico em diversas áreas como a engenharia e a medicina, devem ser utilizadas para promover a melhoria de vida dos cidadãos. São exemplos a implementação do *home office* (em face ao expressivo desenvolvimento da engenharia de comunicações de dados) e o aumento da expectativa de vida dos trabalhadores (decorrente do avanço da medicina) com impacto na área laboral e também na previdenciária.

A sociedade espera que o Estado, como representante legítimo dos interesses comuns de toda a coletividade e não só do econômico, conduza ações que garantam os direitos fundamentais expressos na Constituição. Todavia, no Brasil evidencia-se o posicionamento do legislador a interesses políticos e econômicos que permitem a sua perpetuação no poder e não os interesses da parcela menos favorecida da população. Daí emerge a confecção de norma construída sem apresentar a equidade e imparcialidade necessária ao bem comum da sociedade⁷⁶. Outrossim, alterações na legislação trabalhista e previdenciária não são

⁷⁶ É conveniente para estes “*legisladores*” crentes da ideologia neoliberal atestar que “*quando a oferta de mão-de-obra for superior à sua procura o preço da mão-de-obra (salário) baixará até que os empregadores voltem a considerar rentável contratar mais trabalhadores*”. Ou também fazer crer que a responsabilidade pelo desemprego é devida aos Sindicatos em face à “*resistência que oferecem à baixa dos salários nominais*” e também da “*vontade e acção dos sindicatos na promoção e na defesa das referidas imperfeições do mercado de trabalho, do acesso de categorias cada vez mais amplas de trabalhadores às prestações sociais*”. (NUNES, 2015, pp 36-38). Na visão de Kelsen, a maior parte dos Estados legisla no interesse de um grupo político ou econômico dominante. Afirma que o “*ideal de um interesse geral superior e transcendente aos interesses dos grupos, por isso mesmo dos partidos, o ideal de uma solidariedade de interesses de todos os membros da*

consideradas pelos mesmos motivos, como de relevante interesse da Nação para os atuais legisladores, de modo a realizar-se a participação dos cidadãos em sua construção.

4. A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

No núcleo basilar do direito individual do trabalho, encontramos princípios especiais que deverão nortear o operador do direito em qualquer fase de aplicação da norma jurídica laboral. Destaca-se dentre outros, o Princípio da aplicação da Norma Mais Favorável ao trabalhador, estabelecido no caput do artigo 7º da Constituição Federal de que são direitos do trabalhador urbano e rural, não só os elencados nos seus incisos, mas também “*outros que visem à melhoria de sua condição social*”.

No magistério de Maurício Godinho Delgado(2018), o princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador deverá servir também de orientação legislativa na fase pré-jurídica, essencialmete política, agindo como:

Critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado. Trata-se da função essencialmente informativa do princípio, sem caráter normativo, agindo como verdadeira fonte material do ramo justralhista. Essa influência é muito clara, especialmente em contextos políticos democráticos, colocando em franca excepcionalidade diplomas normativos que agridam a direção civilizatória essencial que é inerente ao Direito do Trabalho. Lamentavelmente, em conjunturas de regressão autorizatória, individualista e/ou mercantilista, o princípio perde sua influência civilizatória diante do Legislador. (DELGADO, 2018, p.233)

Destaca ainda o autor a necessária aplicação da teoria do conglobamento, no sentido de buscar em prol do trabalhador a aplicação da norma mais benéfica:

Enfocando globalmente o conjunto de regras componentes do sistema discriminando, no máximo, os preceitos em função da matéria, de modo a não perder, ao longo desse processo, o caráter sistemático da ordem jurídica e os sentidos lógico e teleológico básicos que sempre devem informar o fenômeno do Direito. (DELGADO, 2018. p.234)

No rol do artigo 611-A da CLT (que é exemplificativo em face à existência no caput da expressão “*entre outras*”) destacamos o estabelecido nos incisos XII e XIII. De acordo com a flexibilização introduzida pela Lei 13.467/2017 a Negociação Coletiva poderá fixar cláusula específica sobre o “*enquadramento do grau de insalubridade*” e também a respeito

coletividade sem distinção de confissão, nacionalidade, classe, etc., é uma ilusão metafísica”. (KELSEN, 2000. p.29.40). Destaca-se ainda o financiamento eleitoral de determinados grupos socioeconômicos privados vigentes no Brasil até o ano de 2015.

de possível “*prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho*”.

Nesse sentido, indaga-se qual a melhoria dada aos trabalhadores em face da legislação introduzida, uma vez que a Portaria 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelece na NR.1 que normas relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas, pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, que possuam empregados regidos pela CLT. A Portaria 3.214/78 ao tratar da operação e atividades insalubres, estabelece ainda os limites de tolerância a ser seguidos (avaliados sob o aspecto quantitativo ou qualitativo) nos anexos da NR-15. Assim, referente ao enquadramento do grau de insalubridade, este será devido em conformidade com as análises quantitativas ou qualitativas realizadas e os anexos da NR-15, não podendo ser alterado pela negociação coletiva.

Outrossim, a fixação da base de incidência do adicional de insalubridade (de grau mínimo, médio ou máximo) devido ao trabalhador (constatado através de análise técnico-científica) sobre o salário mínimo, piso salarial ou salário básico do empregado é possível desde que seja tal pactuação mais favorável ao empregado. (DELGADO; DELGADO, 2017)

Também não é possível que, mesmo diante de um PPRA⁷⁷ sejam adotadas por força de Negociação Coletiva ações que não garantam a higidez do trabalhador. Neste sentido, tomando como exemplo o agente insalubre ruído, o anexo 1 da NR-15 estabelece limites de tolerância para ruído contínuo e intermitente e dependendo do caso a prorrogação da jornada de trabalho poderá ser extremamente prejudicial ao trabalhador⁷⁸.

Observa-se conforme o exposto que as alterações inseridas na legislação laboral analisada, ligadas à higidez do trabalhador, são de direito indisponível, não podendo ser

⁷⁷ O PPRA - Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais é confeccionado mediante critérios estritamente técnico-científico que visam à adoção de ações que garantam a preservação da saúde e integridade física, estabelecidos na NR-9.

⁷⁸ Entendem Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado (2017) no tocante à prorrogação da jornada em ambiente insalubre, que esta deverá ser precedida de uma “*análise técnica, científica e objetiva do meio ambiente do trabalho, por intermédio da autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, com o fito de permitir (ou não) a extrapolação da duração normal do trabalho*” e que “*consiste em medida prudente, sensata, razoável e proporcional, explicitamente enfatizada pela ordem jurídica (art. 60 da CLT), não podendo - e nem devendo - ser afastada por cláusula de negociação coletiva trabalhista*”. Enfatizam ainda que, “*tanto o inciso XII, quanto o XIII, componentes do art. 61 1 -A da CLT - ambos inseridos pela Lei n. 13.467/2017 - entram em choque com a própria Lei da Reforma Trabalhista, uma vez que esta enfatiza que configuram objeto ilícito da negociação coletiva trabalhista a supressão ou redução de diversos direitos, entre os quais aqueles que resultem de "normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho" (novo art. 611 -B, caput e inciso XVII, CLT).* (DELGADO;DELGADO, 2017, p. 264-265)

objeto de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, ademais em negociação que desconsidere o exposto na legislação.

5. A ELIMINAÇÃO DO DIREITO A HORAS *IN ITINERE*

A Lei 10.243/2001 veio alterar o artigo 58 da CLT estabelecendo à época ser direito dos trabalhadores o cômputo em sua jornada de trabalho das horas *in itinere*. Assim, o tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, sendo o local de difícil acesso ou não servido por transporte público, nas situações às quais o empregador fornecesse a condução, era considerado como tempo à disposição do empregador e conseqüentemente remunerado.

A Lei 13.467/2017 trouxe nova redação ao § 2º do artigo 58 da CLT, esta mais gravosa para o trabalhador:

§ 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, ***não será computado na jornada de trabalho***, por não ser tempo à disposição do empregador. (Grifo nosso)

A princípio quando falamos de hora *in itinere* a lembrança inicial é do trabalhador rural aguardando no ponto do coletivo disponibilizado pela empresa com o objetivo de se deslocar até o seu posto de trabalho, situado em zona rural de difícil acesso⁷⁹. Com a flexibilização trabalhista houve a eliminação pura e simples do direito do trabalhador em ter remunerado o tempo colocado à disposição do trabalhador.

No magistério de Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado (2017) a alteração no artigo 58 da CLT, trata-se de:

Uma óbvia perda para o trabalhador, especialmente aquele situado na área rural - em que as horas *in itinere* são mais comuns e relevantes -, traduzindo significativa redução de sua duração do trabalho juridicamente reconhecida, além de substancial redução de sua renda salarial. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 120)

Deste modo, um trabalhador rural cortador de cana, em estabelecimento de difícil acesso, não servido por serviço público de transporte regular e que utiliza para deslocamento o transporte fornecido pelo empregador, teve, em face da necessidade do Estado em “*tornar o país mais competitivo, mais produtivo e com mais empregos*”, a redução da sua remuneração.

⁷⁹ Na maioria das vezes o empregador opta pela disponibilização do transporte e o pagamento das horas *in itinere* ao trabalhador, em substituição à montagem e manutenção dos alojamentos conforme estabelece as normas do Ministério do Trabalho e Emprego.

Para restabelecer a injustiça introduzida pelo Legislador na 13.467/2017, caberá aos entes coletivos trabalhistas entabular negociação coletiva em sede de Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho. Todavia, a reforma trabalhista acarretou o enfraquecimento dos Sindicatos.

6. A NÃO OBRIGATORIEDADE DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A contribuição sindical obrigatória, inicialmente denominada imposto sindical, trata-se da principal receita do sistema sindical brasileiro e não apenas do Sindicato. Possui natureza jurídica tributária, recolhida uma única vez ao ano, nos meses e montantes determinados na CLT, quer por profissional liberal, empregador ou empregado. Este tributo é devido a todo aquele que simplesmente faça parte da categoria profissional ou econômica, indiferente de sua sindicalização. (DELGADO, 2011).

O destinatário da contribuição sindical é o Sindicato representativo da categoria (profissional ou econômica) ou profissão e, inexistindo este, a Federação correspondente, e se na falta à Confederação respectiva. Ausente Sindicato ou entidade de classe de grau superior, a contribuição sindical será recolhida à conta especial emprego e salário do Ministério do Trabalho⁸⁰.

Antes da Lei 13.467/2017 era compulsória, ou seja, era devida independente da concordância do empregado, profissional liberal ou empregador. Atualmente dependerá do participante da categoria profissional ou econômica manifestar previamente a sua intenção em contribuir para o sistema Sindical brasileiro.

Num contexto de flexibilização de direitos trabalhistas pelo Estado, os entes coletivos laborais assumem importante e imprescindível papel. A reforma entabulada na legislação laboral brasileira à primeira vista aparenta fortalecer os Sindicatos, haja vista que favorece a negociação coletiva. Todavia, apresenta outro viés, que no magistério de Dantas

⁸⁰ Necessário enfatizar que o valor da contribuição sindical será destinada não apenas ao Sindicato, mas distribuído também aos demais entes que compõem o sistema sindical brasileiro nos termos do artigo 589 da CLT: **CLT Art. 589.** Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho: **§ 1º** O sindicato de trabalhadores indicará ao Ministério do Trabalho e Emprego a central sindical a que estiver filiado como beneficiária da respectiva contribuição sindical, para fins de destinação dos créditos previstos neste artigo. **§ 2º** A central sindical a que se refere a alínea *b* do inciso II do caput deste artigo deverá atender aos requisitos de representatividade previstos na legislação específica sobre a matéria. **I - para os empregadores: a)** 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; **b)** 15% (quinze por cento) para a federação; **c)** 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e **d)** 20% (vinte por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário'; **II - para os trabalhadores: a)** 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; **b)** 10% (dez por cento) para a central sindical; **c)** 15% (quinze por cento) para a federação; **d)** 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e **e)** 10% (dez por cento) para a 'Conta Especial Emprego e Salário';

Junior (2017), consiste num forte e contundente ataque aos entes coletivos laborais uma vez que segundo o eminente magistrado:

A reforma ataca os sindicatos e a sua representatividade dos trabalhadores, claramente aumentando o alcance dos poderes negociais do sindicato, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, reduz seus recursos indispensáveis à sobrevivência e ainda permite a negociação direta e individual entre empregado e empregador, de modo similar ao que pode ser negociado pelo próprio sindicato. (DANTAS JÚNIOR, 2017, p.279)

Também neste sentido é o entendimento de Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado (2017), segundo os autores:

Com a aparente singela desburocratização promovida, a nova Lei afasta cada vez mais o sindicato profissional de seus representados, além de impedir que a entidade associativa conheça mais de perto a decisiva dinâmica de terminação dos contratos de trabalho ocorrida nos diversos estabelecimentos empresariais de sua base territorial. Nessa medida, a simplificação procedimental analisada constitui mais um elemento situado dentro de um conjunto de várias medidas elencadas pela Lei da Reforma Trabalhista dirigidas ao enfraquecimento do sindicalismo de trabalhadores na economia e sociedade brasileiras. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 178)

Mister salientar que as funções exercidas pelos Sindicatos de representação; substituição processual; negociação coletiva e assistência judiciária devem abranger toda a categoria que representa. Antes da reforma, indiferente da sindicalização, os participantes das categorias contribuía de forma compulsória aos entes coletivos, recebendo dos mesmos, praticamente todos os benefícios concedidos aos trabalhadores sindicalizados, especialmente aqueles conseguidos por força de negociação coletiva entabulada.

Com a redução da principal fonte de custeio dos Sindicatos questionamos se terão tais entidades sindicais condições e a obrigação legal de manter à toda categoria os serviços até então ofertados⁸¹, sem quaisquer contrapartidas, haja vista a redução significativa de sua principal fonte de custeio.

Segundo o jornal Valor Econômico, em maio de 2018, os dados preliminares disponibilizados até então pelo MTE, demonstravam que as entidades sindicais representativas dos trabalhadores perderam em média 80% (oitenta) por cento de suas receitas em comparação com o mesmo período de 2017. Destaca-se a queda de 86,8% do valor arrecadado pelas entidades sindicais vinculadas a CUT – Central Única dos Trabalhadores. O citado jornal enfatiza ainda que foi de R\$ 34,7 milhões o valor total da contribuição sindical

⁸¹ Dantas Júnior (2017) enfatiza ainda que a contribuição sindical obrigatória servia para o custeio das despesas dos entes sindicais tais como: a manutenção da sede; contratação de assessoria jurídica; estruturação para negociação coletiva; deslocamentos dos dirigentes; etc. Questiona qual será doravante a “*fonte de renda para pagar as necessárias e evidentes despesas*” que os sindicatos precisam suportar (DANTAS JUNIOR, 2017, p.285)

arrecadada pelas Centrais, Confederações, Federações e Sindicatos até março de 2018, sendo que em igual período no ano de 2017 foram arrecadados R\$ 170,3 milhões, ou seja, observa-se uma queda de 79,6% na principal fonte de custeio dos entes sindicais.⁸²

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reforma trabalhista introduzida no Brasil com a Lei 13.467/2017 vem ampliar as situações específicas às quais se permitem aos Sindicatos a produção de normas jurídicas laborais, visando atender a categoria que representa nos limites estabelecidos pelo Estado. Nesse contexto há possibilidade dos entes coletivos estabelecerem normas que terão prevalência sobre a lei.

Evidencia-se que as mudanças propostas pelo Executivo Federal e aceites pelos legisladores, objetivavam tornar o país mais competitivo, produtivo e com mais emprego. O discurso oficial enfatizava ainda que não haveria a retirada de quaisquer direitos aos trabalhadores.

Todavia, o exposto no presente trabalho demonstra que as mudanças introduzidas não se traduziram de fato em melhorias para a classe trabalhadora e que houve sim, a redução de direitos aos trabalhadores.

Questiona-se qual melhoria tiveram a grande massa de trabalhadores rurais que passaram a suportar significativa redução salarial pelo fato de ter sido extinto, através de Lei o seu direito às horas *in itinere*. Indaga-se ainda como um país torna-se mais “*competitivo e produtivo*” se as normas relevantes de saúde, segurança e medicina do trabalho, confeccionadas sob critério eminentemente técnico-científicos, por ente especializado, podem ser substituídas através de Negociação Coletiva. Por fim questiona-se o enfraquecimento dos entes sindicais, com a extinção da compulsoriedade da contribuição sindical, que é a principal fonte de receita do sistema confederativo sindical brasileiro, como medida satisfatória para tornar o país com mais emprego.

É indiscutível que o mundo estará sempre em constantes mudanças em decorrência da modernização e transformação das estruturas sociais e econômicas que objetivam melhorar a condição humana. Acredito que transformações de relevante impacto social, como é o caso da reforma trabalhista no Brasil, devem ser precedidas de ampla participação dos cidadãos,

⁸² <https://www.valor.com.br/brasil/5501555/arrecadacao-das-entidades-de-trabalhadores-com-imposto-sindical-diminui-80-em-2018/>

uma vez que nestas situações, os interesses políticos e econômicos geralmente são os únicos considerados por aqueles que legítima ou ilegitimamente os representam através da clássica separação dos poderes.

Concluindo, carregamos para reflexão o pensamento de John Rawls (1981):

Caso um homem saiba que é rico, ele poderá achar racional defender o princípio de que vários impostos, visando a medidas de bem estar, sejam considerados como injustos; caso este indivíduo fosse pobre, ele provavelmente proporia princípios inversos. (RAWLS, 1981, p.38)

Nesta linha filosófica, especificamente para a área laboral, caso os homens (os detentores do poder econômico, os seus representantes e os trabalhadores) desconhecendo a sua situação social (atual ou futura), mas não alienados da realidade do mundo laboral contemporâneo (desemprego; *zero-hour contract*; maior expectativa de vida; informatização/automação; aposentadorias; degradação do meio ambiente; etc.), defenderiam princípios razoáveis (quando da confecção de normas laborais) objetivando alcançar a equidade. (RAWLS, 1981)

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3ª edição. EDIPRO – Edições Profissionais Ltda.: São Paulo, 2005. ISBN 85-7283-481-8

BRASIL, **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943, (alterado pela Lei 13.467/2017 e MP 808/2017). Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm Acesso em: 15 de março de 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 15 de março de 2018

BRASIL. **Lei 13.467/2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**.

Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2017/Lei/L13467.htm Acesso em: 15 de junho de 2018.

BRASIL. **PL 6.787/2016: Exposição de motivos EM nº 00036/2016 MTB**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016 Acesso em 15 de junho de 2018.

BRASIL. **Portaria 3.214/1978**. Aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas a Segurança e Medicina do Trabalho Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/63/mte/1978/3214.htm> Acesso em: 15 de junho de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-2106-5

DANTAS JUNIOR, Aldemiro Rezende. **Fim da contribuição sindical obrigatória – consequências para as entidades sindicais e categorias representadas**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, edição especial, pp. 271-287, nov. 2017. Disponível e: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/127095/2017_dantas_jr_aldemiro_fim_contribuicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 11 de maio de 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. ISBN 978-85-361-9556-8

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2011. ISBN 978-85-361-1946-5

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. ISBN 978-85-361-9461-5

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN 85-336-1257-5

Lei Le Chapellier - **Loi Le Chapelier du 14 juin 1791**. Disponível em: [http://www.lexinter.net/lois/loi_du_14_juin_1791_\(loi_le_chapelier\).htm](http://www.lexinter.net/lois/loi_du_14_juin_1791_(loi_le_chapelier).htm) Acesso em: 03 de agosto de 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. Breve histórico a respeito do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 95, p. 167-176, 1 jan. 2000. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67461/70071> Acesso em: 13 de julho de 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-21734-8

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria urídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora S.A, 2010. ISBN 978-972-32-1805-3

NUNES, António Avelãs. **Os trabalhadores e a crise do capitalismo**. Lisboa: Página a Página – Divulgação do Livro. SA, 2015. ISBN 978-972-8140-22-9

PAULA, Eurípedes Simões de. **As origens das corporações de ofício: as corporações em Roma**. Revista de História – Ano XVI – vol. XXXII Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/124022/120204> Acesso em: 13 de julho de 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria de justiça**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

SOARES, Wilcinete Dias. **Breve esboço sobre a evolução histórica do direito do trabalho no plano internacional e brasileiro**. Revista Científica Semana Acadêmica nº 39 ano 2013. ISSN 2236-6717. Disponível em: <https://semanaacademica.org.br/artigo/breve-esborco-sobre-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-plano-internacional-e> Acesso em: 13 de julho de 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

PANORAMA DA PRODUÇÃO CIENTÍFICA DO CURSO DE BACHARELADO EM ADMINISTRAÇÃO DA FACULDADE ARQUIDIOCESANA DE CURVELO NO PERÍODO DE 1994-2014.

OVERVIEW THE SCIENTIFIC PRODUCTION OF BACHELOR COURSE IN COLLEGE ADMINISTRATION OF CURVELO ARCHDIOCESAN THE PERIOD 1994-2014.

Ariane Maria Ferreira Barata⁸³
Juliana Caroline Coutinho Coelho Guimarães⁸⁴
Geraldo Magela Guimarães⁸⁵

RESUMO

Esse artigo tem por objetivo traçar o panorama das produções científicas realizadas no curso de Bacharelado em Administração no período de 1994 a 2014, através da análise da prevalência dos temas e do objetivo das pesquisas. Para tanto, foi desenvolvida uma pesquisa de caráter qualitativo, onde foram utilizados dados primários e secundários. Com a intenção de embasar e amparar o estudo de forma direta foi realizado visitas ao acervo de monografias da FAC, onde se realizou a coleta dos temas utilizados nas pesquisas. Através da pesquisa evidenciou-se a tendência dos alunos na elaboração de pesquisas aplicadas, indicando a busca pela aplicação prática das teorias aprendidas ao longo do curso e a prevalência de estudos na área de Marketing.

Palavras – Chave: Ensino de Administração; Produção Científica; Estratégias de Pesquisa.

ABSTRACT

This article aims to outline the scientific productions made in the course of Bachelor in Administration from 1994 to 2014 by analyzing the prevalence of themes and the objective of the research. Therefore, a qualitative research was developed, where primary and secondary data were used. With the intention to base and support the study directly was held visits to the monograph collection of the FAC, which took place the collection of themes used in research. Through research showed the trend of students in the development of applied research, indicating the search for practical application of theories learned throughout the course and prevalence studies in Marketing.

Keywords: Management Education; Scientific production; Search Strategies.

⁸³ Bacharela em Administração pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Com experiência na área de Gestão Financeira

⁸⁴ Mestre em Administração pelas Faculdades Integradas de Pedro Leopoldo – FPL. Professora dos Cursos de Graduação em Administração, Ciências Contábeis e Direito da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC.

⁸⁵ Mestre em Administração pelas Faculdades Integradas de Pedro Leopoldo – FPL. Professor dos Cursos de Graduação em Administração e Ciências Contábeis da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC.

1. INTRODUÇÃO

O processo de gestão no século XXI tornou-se extremamente complexo. São inúmeros desafios e questionamentos que se apresentam diariamente aos gestores deste século. Neste sentido, o mercado tem demandado profissionais que sejam capazes de atuar em um ambiente dinâmico, dando respostas positivas à frente das organizações. Diante deste cenário, o Curso de Bacharelado em Administração vem sendo um dos cursos mais procurados pelos estudantes. Segundo dados do Ministério da Educação, Administração foi o curso com o maior número de inscritos no Sistema de Seleção Unificada (Sisu)⁸⁶.

O desenvolvimento de profissionais que sejam capazes de atuar diante dos desafios impostos por esse século, está intimamente relacionado a uma formação acadêmica de qualidade. A formação acadêmica capaz de fornecer as competências solicitadas pelo mercado deve estar alicerçada sobre a tríade: ensino, pesquisa e extensão, que são indissociáveis. Nesse contexto de rápidas transformações no ambiente e de constante evolução das ciências administrativas, a produção científica se reveste de grande importância, uma vez que, proporciona as bases lógicas para a compreensão das mudanças ambientais e fornece instrumentos para que se possa agir diante dos desafios apresentados.

De acordo com o IPAE (Instituto de Pesquisas e Administração da Educação) é através da produção científica que o conhecimento produzido é difundido e democratizado. Neste aspecto entende-se que a produção científica tem como finalidade levar informações até a sociedade acadêmica ou não, para provável solução de seus problemas e o desenvolvimento integrado e sustentável.

As universidades e demais instituições de ensino têm a produção científica como uma forma de auxiliar e levar informações comprovadas, científicas, através dos resultados das pesquisas realizadas acerca de determinado assunto. No caso específico da graduação objeto de estudo dessa pesquisa, observa-se que muitos são os temas estudados e que o panorama das pesquisas produzidas através dos Trabalhos de Conclusão de Curso são bastante diversificados.

No ano de 2015, a profissão de Administrador completa seu “Jubileu de Ouro”, são 50 anos da regulamentação da Lei 4.769 de 9 de setembro de 2015. A Faculdade Arquidiocesana de Curvelo se destaca na Região Central de Minas Gerais como a pioneira no Ensino de Administração. Neste sentido, esse artigo busca responder a seguinte pergunta de

⁸⁶ <https://www.terra.com.br/noticias/educacao/os-cursos-mais-procurados,cf8f0774587917b8e0962f521583889eo557ss8q.html>

partida: *“Qual o panorama da produção científica do Curso de Bacharelado em Administração da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo no período de 1994 a 2014”?*

Assim, busca-se através do levantamento dos Trabalhos de Conclusão de Curso – Monografias, realizados no período de 1994 a 2014, traçar um panorama das produções científicas do Curso de Bacharelado em Administração da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo.

O tema abordado neste artigo é inédito na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo e sua importância não está atrelada apenas ao ineditismo, mas também às informações fornecidas a cerca das produções científicas realizadas, fornecendo um perfil do profissional em administração formado por essa Instituição. Ao se traçar um panorama da produção científica em Administração do período de 1994 a 2014 torna-se possível visualizar a evolução desta ciência ao longo dos tempos, a diversidade de estudos elaborados e sua relevância no desenvolvimento intelectual dos acadêmicos e formação dos mesmos, satisfazendo, sobretudo suas necessidades.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Ensino da Administração no Brasil – Contexto Histórico

De acordo com o CFA – Conselho Federal de Administração⁸⁷, a história dos Cursos de Administração no Brasil é relativamente curta, de maneira especial se comparada a outros países como os EUA. Nicolini (2003) relata que em 1902 as escolas Álvares Penteado no Rio de Janeiro e a Academia de Comércio em São Paulo iniciaram o estudo da Administração, sendo estes os primeiros cursos que se tem relato, porém, o ensino ainda não era regulamentado.

No ano de 1931 foi criado o Ministério da Educação, dessa forma, houve uma estruturação do ensino no país em todos os níveis. No campo dos estudos universitários foi criado o Curso Superior de Administração e Finanças que diplomava os bacharéis em Ciências Econômicas. Apesar desse avanço, a regulamentação dos Cursos em Administração ainda não estava próxima (NICOLINI, 2003).

Nicolini (2003) esclarece que as transformações provocadas pela Revolução de 1930, relacionadas ao crescimento econômico, desenvolvimento da infraestrutura social e de transportes, energia e comunicação, exigiam a formação de pessoas, na forma de técnicos e

⁸⁷ <http://www.cfa.org.br/administracao/historia-da-profissao>

tecnólogos de várias especializações, bem como, métodos de trabalho mais modernos. Neste cenário se destaca o Instituto de Organização Racional do Trabalho – Idort – fundado em 1931 em São Paulo, que difundia métodos de gestão mais modernos nas ciências administrativas (NICOLINI, 2003)

Nicolini (2003) e Pizzinatto (1999) relatam que ainda nesse contexto, no ano de 1938 foi criado o Departamento de Administração do Setor Público – DASP – objetivando a modernização do Estado brasileiro, assim eram formados técnicos em administração, que eram enviados ao exterior para a busca do aperfeiçoamento. No ano de 1944, foi criada a Fundação Getúlio Vargas – FGV originada no DASP. A Fundação Getúlio Vargas foi instituída com o propósito de desenvolver pessoas para o exercício de atividades na administração pública e privada.

Em 1948, Nicolini (2003) esclarece que houve uma intensificação na utilização de modelos estrangeiros no desenvolvimento das organizações brasileiras e no ensino de Administração. Essa intensificação dos modelos estrangeiros pode ser justificada pelas visitas realizadas pelos representantes da FGV aos diversos cursos de Administração Pública desenvolvidos em Universidades norte-americanas, fruto de uma cooperação técnica Brasil – Estados Unidos criada após o fim da Segunda Guerra Mundial. (NICOLINI, 2003).

Esses encontros geraram ainda mais frutos e no ano de 1952, foi criada a Escola Brasileira de Administração Pública – EBAP – no Rio de Janeiro, cujo objetivo era a formação de profissionais especialistas em Administração Pública. (NICOLINI, 2003).

“Em 1952, ano em que se iniciava o ensino de Administração no Brasil, os EUA já formavam em torno de 50 mil bacharéis, 4 mil mestres e cem doutores por ano, em Administração”. (<http://www.cfa.org.br/administracao/historia-da-profissao>).

De acordo com Nicolini (2003) e Pizzinatto (1999), no ano de 1954 a Fundação Getúlio Vargas – FGV criou de maneira pioneira a Escola de Administração de Empresas de São Paulo – EAESP, sendo desenvolvido o primeiro currículo especializado em administração, tanto para a área pública quanto para a área privada. Esse curso pioneiro formou sua primeira turma no ano de 1958. (PIZZINATTO, 1999).

Para Nicolini (2003), no de 1959 a influência estrangeira no ensino de Administração volta a se manifestar de maneira mais latente devido a um convênio firmado entre os governos brasileiro e norte-americano, que criou o Programa de Ensino de Administração Pública e de Empresas. Esse convênio beneficiou a EBAP, EAESP, O DASP e as universidades federais da Bahia – UFBA e do Rio Grande do Sul – UFRGS. Esse convênio enfatizava a necessidade de formação de professores para o Ensino de Administração Pública e de Empresas, com o

objetivo de fornecer ao governo e ao setor privado técnicos com capacidade e conhecimentos para promoverem o desenvolvimento econômico e social.

Para Nicolini (2003) o ensino de Administração pode ser caracterizado como um processo de transferência de tecnologia desenvolvida nos Estados Unidos. O autor ainda ressalta que o momento histórico vivido pelo Brasil era propício a esse processo.

O ensino de Administração está relacionado ao processo de desenvolvimento do país. Esse processo foi marcado por dois momentos históricos distintos. O primeiro, pelos governos de Getúlio Vargas, representativos do projeto "autônomo", de caráter nacionalista. O segundo, pelo governo de Juscelino Kubitschek, evidenciado pelo projeto de desenvolvimento associado e caracterizado pelo tipo de abertura econômica de caráter internacionalista. Este último apresentou-se como um ensaio do modelo de desenvolvimento adotado após 1964. Nesse período, o processo de industrialização se acentuou, sobretudo devido à importação de tecnologia norte-americana. (<http://www.cfa.org.br/administracao/historia-da-profissao>).

A TAB. 1 apresenta a evolução dos Cursos de Bacharelado em Administração nos últimos anos.

TABELA 1 – Número de Cursos de Bacharelado em Administração

Décadas	Número de Cursos
Antes de 1960	2
1960	31
1970	247
1980	305
1990	823
2000	1.462
2010	1.805
2013	2.217

Fonte: Adaptado de <http://www.cfa.org.br/administracao/historia-da-profissao> e http://www.cra-ba.org.br/Adm/FCKimagens/Enade/S%C3%ADntese_BA%202015.pdf

Observa-se um crescimento acentuado na oferta de Cursos de Bacharelado em Administração a partir da década de 1970. Cumpre destacar a necessidade de estas Instituições de Ensino Superior estarem atentas ao Perfil de Profissional desejado pelo mercado.

2.2. O Currículo e a Formação Profissional em Administração

Diante do crescimento dos cursos de Administração, bem como do crescimento econômico, houve a necessidade de regulamentação da atividade do Administrador. Dessa forma, no dia 09 de setembro de 1965 foi promulgada a Lei nº 4.769. De acordo com o Art. 3º alínea “a” dessa Lei:

Art. 3º O exercício da Profissão de Técnico de Administração é privativo:

- a) dos bacharéis em Administração Pública ou de Empresas, diplomados no Brasil, em cursos regulares de ensino superior, oficial, oficializado ou reconhecido, cujo currículo seja fixado pelo Conselho Federal de Educação, nos termos da Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961;

Após a promulgação da Lei que regulamenta o exercício da profissão, Pizzinatto (1999) esclarece que o Conselho Federal da Educação (CFE) no ano de 1966 através do Parecer 307, fixou o currículo mínimo do curso de graduação em Administração.

Segundo o Conselho Federal de Administração – CFA, através do Parecer 307/66, foram definidas as matérias consideradas o mínimo indispensável para uma formação adequada, sendo: matemática, estatística, contabilidade, teoria econômica, economia brasileira, psicologia, sociologia (sendo as duas últimas aplicadas à administração), instituição de direito público e privado (incluindo as noções de ética administrativa), legislação social, legislação tributária, teoria geral da administração, administração financeira e orçamento, administração de pessoal, e administração material.

(<http://www.cfa.org.br/administracao/historia-da-profissao>)

De acordo com o Parecer 307/1966, o aluno poderia optar por fazer as matérias de direito administrativo, administração da produção e administração de vendas, sendo obrigatório um estágio supervisionado de seis meses. (ANDRADE, 1997 *apud* PIZZINATTO, 1999).

Segundo Pizzinatto (1999) devido ao currículo mínimo, a carga horária mínima do curso deveria ser de 2.700 horas e o formando recebia o Título de técnico em Administração. No dia 13 de junho de 1985, através da Lei 7.321, o Conselho Federal de Administração conseguiu após um amplo movimento a substituição do título “técnico em Administração” para “Administrador”.

Araújo e Araújo (2003) relatam que o Conselho Federal de Educação – CFE através da Resolução nº 02/1993 de 04/10/1993 fixou os conteúdos mínimos e duração do Curso de Administração. Dessa forma, a duração mínima do curso passou para 3.000 horas. Pizzinatto (1999, p. 178) esclarece que essa resolução foi resultado de um debate intenso, onde foram definidas as cargas horárias por categorias de conhecimentos:

- a) formação básica e instrumental – 720 horas, ou 24% do currículo;
- b) formação profissional – 1.020 horas, ou 34% da duração integral do curso;
- c) complementares – 960 horas, ou 32% da duração total do curso;
- d) atividades de estágio supervisionado – 300 horas, ou 10% da duração do curso, que deverá integraliza 3 mil horas.

Pizzinatto (1999) esclarece que as Instituições de Ensino Superior tiveram até o mês de janeiro de 1995 para adequarem a matriz curricular de seus cursos, estabelecendo assim a implantação de um perfil novo estabelecido pela Resolução 02/1993.

Com as constantes transformações no mercado de trabalho, a formação em Administração vem sendo moldada ao longo do tempo. O administrador tem que ser preparado para a tomada de decisões, para lidar com pessoas, para ter o controle de todo o processo da empresa. Com isso, as universidades possuem papel fundamental na transformação do estudante em Administração em um profissional capaz de encarar os desafios exigidos pela profissão.

A Resolução nº 4 de 13 de julho de 2005 que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Administração – bacharelado, proporciona às Instituições de Ensino Superior uma maior autonomia na definição de seus currículos, o que não reduz a responsabilidade da Instituição. O Art. 4º da referida resolução estabelece algumas competências e habilidades que o Curso de Graduação em Administração deve proporcionar ao acadêmico.

Art. 4º O Curso de Graduação em Administração deve possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes competências e habilidades:

I - reconhecer e definir problemas, equacionar soluções, pensar estrategicamente, introduzir modificações no processo produtivo, atuar preventivamente, transferir e generalizar conhecimentos e exercer, em diferentes graus de complexidade, o processo da tomada de decisão;

II - desenvolver expressão e comunicação compatíveis com o exercício profissional, inclusive nos processos de negociação e nas comunicações interpessoais ou intergrupais;

III - refletir e atuar criticamente sobre a esfera da produção, compreendendo sua posição e função na estrutura produtiva sob seu controle e gerenciamento;

IV - desenvolver raciocínio lógico, crítico e analítico para operar com valores e formulações matemáticas presentes nas relações formais e causais entre fenômenos produtivos, administrativos e de controle, bem assim expressando-se de modo crítico e criativo diante dos diferentes contextos organizacionais e sociais;

V - ter iniciativa, criatividade, determinação, vontade política e administrativa, vontade de aprender, abertura às mudanças e consciência da qualidade e das implicações éticas do seu exercício profissional;

VI - desenvolver capacidade de transferir conhecimentos da vida e da experiência cotidianas para o ambiente de trabalho e do seu campo de atuação profissional, em diferentes modelos organizacionais, revelando-se profissional adaptável;

VII - desenvolver capacidade para elaborar, implementar e consolidar projetos em organizações; e

VIII - desenvolver capacidade para realizar consultoria em gestão e administração, pareceres e perícias administrativas, gerenciais, organizacionais, estratégicos e operacionais.

Essa Resolução não estabelece as disciplinas que deverão constar na Matriz Curricular, o Art. 5º orienta os conteúdos que deverão ser abordados para se conseguir atingir o perfil desejado de profissional.

Art. 5º Os cursos de graduação em Administração deverão contemplar, em seus projetos pedagógicos e em sua organização curricular, conteúdos que revelem inter-relações com a realidade nacional e internacional, segundo uma perspectiva histórica e contextualizada de sua aplicabilidade no âmbito das organizações e do meio através da utilização de tecnologias inovadoras e que atendam aos seguintes campos interligados de formação:

I - Conteúdos de Formação Básica: relacionados com estudos antropológicos, sociológicos, filosóficos, psicológicos, ético-profissionais, políticos, comportamentais, econômicos e contábeis, bem como os relacionados com as tecnologias da comunicação e da informação e das ciências jurídicas;

II - Conteúdos de Formação Profissional: relacionados com as áreas específicas, envolvendo teorias da administração e das organizações e a administração de recursos humanos, mercado e marketing, materiais, produção e logística, financeira e orçamentária, sistemas de informações, planejamento estratégico e serviços;

III - Conteúdos de Estudos Quantitativos e suas Tecnologias: abrangendo pesquisa operacional, teoria dos jogos, modelos matemáticos e estatísticos e aplicação de tecnologias que contribuam para a definição e utilização de estratégias e procedimentos inerentes à administração; e

IV - Conteúdos de Formação Complementar: estudos opcionais de caráter transversal e interdisciplinar para o enriquecimento do perfil do formando.

Para Bertero (2006 *apud* COSTA; SOARES, 2008) o profissional em Administração pode ser descrito em três tipos: o administrador burocrata, responsável por gerenciar os processos e as normas burocráticas das empresas; o administrador empreendedor que está mais voltado para a criatividade, para a busca de novos caminhos e oportunidades de negócios nos ambientes: interno e externo; e o administrador executivo, que assume as ações relacionadas à transação e dinamização das atividades gerenciais.

O Conselho Federal de Administração realizou uma pesquisa no ano de 2015⁸⁸ a fim de traçar o perfil do profissional em administração. Segundo a pesquisa a maioria dos profissionais em Administração são homens, casados e com dependentes. Sobre a faixa etária possuem idade entre 31 e 35 anos. São egressos de universidades particulares. Concluíram o curso entre os anos de 2006 e 2011. A pesquisa demonstra que esses profissionais buscam o aperfeiçoamento na profissão, uma vez que possuem especialização em alguma área da Administração. Trabalham em empresas privadas, de grande porte e também no setor

⁸⁸ http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/08Pesquisa-perfil-2016_v3_web.pdf

industrial. Desenvolvem suas funções nas áreas de Administração e Planejamento Estratégico, possuem carteira profissional assinada, ocupam cargos de gerência e de analista e são registrados no Conselho Regional de Administração. A renda média individual mensal desses profissionais é de 9,2 salários mínimos. Nessa pesquisa, os profissionais de Administração, Coordenadores e Professores deram sua opinião sobre as áreas que provavelmente serão mais promissoras na geração de oportunidades de trabalho exclusivamente para os Administradores nos próximos anos. Para esses três públicos a área de Consultoria Empresarial poderá ser a área com maior potencial de absorção dos profissionais de Administração nos próximos cinco anos. Têm destaque também as áreas de Administração Pública Indireta e Administração Pública Direta. (http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/08Pesquisa-perfil-2016_v3_web.pdf).

2.3. A Produção Científica em Administração no Brasil

Segundo Bertero *et al* (2013) as pesquisas em Administração têm apresentado um crescimento vertiginoso no Brasil. As ofertas de mestrado e doutorado aumentaram de maneira significativa nos últimos anos. Porém, apesar desse crescimento, a presença de artigos de pesquisadores brasileiros em periódicos internacionais ainda é pequena, houve um relativo avanço, mas ainda salvo algumas exceções não se conseguiu atingir os periódicos de grande impacto na área de Administração.

Para Vergara (2005), a produção científica brasileira ainda está muito dependente dos estudos desenvolvidos internacionalmente, carecendo, portanto de uma identidade própria. Giroletti (2005) esclarece que apesar dos avanços testemunhados na área de Administração, há alguns problemas relacionados ao processo de ensino, pesquisa e à produção científica. Ele lista nove problemas principais:

- Primeiro Problema: Segundo Giroletti (2005) a Administração no Brasil sofre com a inexistência de uma história abrangente sobre o seu processo de desenvolvimento. Para esse autor, ao se conhecer a história e os caminhos percorridos por essa ciência, torna-se possível refazê-lo e traçar novos rumos.
- Segundo Problema: Para Giroletti (2005) é necessário transformar a expansão quantitativa do Ensino Superior em Administração em uma expansão qualitativa.

Para o autor esse é um problema não apenas da Administração, mas de todo o Ensino Superior no Brasil.

- Terceiro Problema: Giroletti (2005) esclarece que a hiperespecialização atrelada ao crescimento e ausência de uma regulamentação rígida pelo Estado, fazem com que os cursos de Administração, buscando um diferencial competitivo, adotem a estratégia de uma especialização excessiva. Essa estratégia adotada por algumas instituições está em desacordo com a reforma universitária desenvolvida em outros países e da proposta para a educação do século XXI feita pela Unesco.
- Quarto Problema: Segundo Giroletti (2005) o quarto problema relaciona-se à grande ênfase no caráter prático do conhecimento. Para o autor, o desenvolvimento do ensino teórico, da capacidade de raciocinar, de abstração e generalização, questões relacionadas à criatividade, inovação, comportamento empreendedor, a postura crítica e o raciocínio analítico devem ter uma ênfase maior sobre a prática.
- Quinto Problema: Para Giroletti (2005) o quinto problema tem uma grande relação com a questão anterior, uma vez que está relacionado à ideia de a universidade copiar as práticas da empresa privada. O autor critica fortemente essa prática, pois, segundo ele o conhecimento prático atual não serão os mesmos do futuro.
- Sexto Problema: De acordo com Giroletti (2005) o crescimento desordenado da administração, prejudica a qualidade da produção científica da área. O autor ainda destaca a pressão exercida pelo sistema sobre professores, alunos e instituições de ensino, a fim de se adequarem a um padrão quantitativista e produtivista de avaliação, que exige cada vez mais números indicativos de produção científica.
- Sétimo Problema: Esse problema esclarece Giroletti (2005), refere-se à crítica existente sobre a dependência dos autores brasileiros à literatura internacional. A crítica pode ser justificada pela cópia sem críticas ou sem as adaptações necessárias para a realidade nacional. O autor destaca que essa crítica necessita ser ponderada ao se verificar a história do desenvolvimento universal que é híbrida, construída mais por empréstimos e imitações do que propriamente por ideias originais.
- Oitavo Problema: Esse problema, segundo Giroletti (2005) apesar de ser amplo, atinge fortemente a Administração, está relacionado à crise de valores que vive a sociedade.
- Nono Problema: O último problema, esclarece Giroletti (2005) está relacionado à diversidade do ensino superior no Brasil.

Nicolini (2003) esclarece que o mercado, devido às suas transformações, busca administradores que tenham a capacidade de reconhecer e definir problemas, elaborar soluções criativas, pensar de maneira estratégica, que tem proatividade e desejo de aprender. Observa-se que o mercado deseja um estudante protagonista do conhecimento, o que não é a regra da relação no processo ensino-aprendizagem.

Uma crítica presente nos artigos, segundo Nicolini (2002), refere-se ao processo de formação de alunos como simples arquivadores de conhecimentos e conteúdos, sem o desenvolvimento da capacidade de buscar o a relação entre teoria e prática, de viver o conhecimento, o que resulta na transformação do estudante em um profissional pouco questionador. Roesch (2003) desenvolve uma análise sobre o desempenho limitado da produção científica em administração, criticando de maneira geral o contexto das universidades em relação à avaliação dos seus acadêmicos quanto as suas pesquisas com a falta de precisão metodológica, comodismo, impaciência e individualismo.

A autora ressalta esse comodismo em sua análise quando diz que no Brasil poucos autores buscam utilizar técnicas mais novas em metodologia para a análise do material empírico. Roesch (2003) destaca que os pesquisadores evitam a pesquisa quantitativa por acharem muito complexa ou por exigir uma base de dados elevada. Porém, ao se utilizar a pesquisa qualitativa os pesquisadores deixam de explorar o potencial da pesquisa.

Em resumo, Roesch ressalta:

Está na hora de valorizar o rigor metodológico, a seriedade, a persistência e a disciplina de trabalho como qualidades imprescindíveis do pesquisador. Acima de tudo, é preciso criar uma comunidade de pesquisa atuante, em que a colaboração entre os pares e a ênfase no debate e crítica sejam a norma e não a exceção. (ROESCH, 2003, p.167)

2.4. Estratégias de Pesquisa em Ciências Sociais Aplicadas

Para Vergara (2005) a ciência é uma das alternativas de se obter conhecimento, ou seja, ciência é um processo pautado na busca da verdade, de sinalização sistemática de erros e correções com o intuito racional.

Burrell e Morgan (1979 *apud* LOPES; BERNARDES, 2001) destacam quatro paradigmas que direcionam os estudos das ciências sociais: humanismo radical, estruturalismo radical, sociologia interpretativa e sociologia funcionalista.

O humanismo radical é representado pelo existencialismo francês, pelo anarquismo e pela teoria crítica. A sociologia interpretativa, por Weber e seus seguidores. O estruturalismo radical por Marx e alguns de seus seguidores e, finalmente, a sociologia funcionalista, representada pelo positivismo. (BURRELL; MORGAN, 1979 *apud* LOPES; BERNARDES, 2001, p. 94).

O desenvolvimento da ciência é pautado pela busca da verdade, por essa razão o conhecimento científico é alicerçado no juízo de fato e não no juízo de valor.

Alexander (1997 *apud* LOPES; BERNARDES, 2001) diz que:

[...] os estudos que procuram analisar a produção científica em Administração com base na epistemologia e nos paradigmas é extremamente válida e importante para o próprio desenvolvimento e consolidação do campo, já que as ciências sociais e, por conseguinte, a Administração, estão em permanente crise de paradigmas, devido às discordâncias existentes. No entanto, isto não significa que se deva partir para um relativismo radical, onde todas as abordagens são válidas e consistentes entre si. Apesar da crise, a possibilidade de conhecimento racional permanece, bem como a construção de leis gerais de processos sociais e a busca por predições relativamente acertadas.

As pesquisas na área de ciência social aplicada podem ser desenvolvidas de duas formas: como uma pesquisa aplicada ou como uma pesquisa básica.

2.5. Pesquisa Aplicada x Pesquisa Básica

Demo (1985) destaca que a pesquisa básica é aquela que cria e busca desvendar quadros teóricos de referência. Para o autor não existe pesquisa puramente básica, uma vez que o desenvolvimento da pesquisa em si já seria mera especulação. Segundo Parra Filho e Santos (2000) a pesquisa básica não tem por objetivo uma utilização prática dos resultados, ou seja, solucionar um problema específico, essa pesquisa busca o enriquecimento do conhecimento científico. Ressaltando que o embasamento teórico é primordial para o desenvolvimento de qualquer tipo de pesquisa e avanço da ciência.

Vergara (2005) esclarece que ao contrário da pesquisa básica, a motivação da pesquisa aplicada é resolver problemas concretos, mais imediatos, ou não e tem finalidade prática. Parra Filho e Santos (2000) corroborando com o pensamento de Vergara (2005), alegam que a pesquisa aplicada é feita a partir de objetivos que visam à utilização prática, ou seja, seu objetivo é ser mais imediatista, pois os investigadores têm pressa de retorno. Busca-se colocar em prática teorias vivenciadas na formação profissional.

3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Fundada em 23 de janeiro de 1990 a Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC iniciou suas atividades em 08 de janeiro de 1991, através do Curso de Bacharelado em Administração, com aulas a partir de 14 de fevereiro de 1991. Atualmente, A FAC oferece os cursos de Bacharelado em Administração, Direito e Ciências Contábeis.

Essa pesquisa foi realizada no acervo da FAC e trata-se de uma pesquisa qualitativa. A pesquisa qualitativa, segundo Roesch (1999), busca explorar os significados de maneiras e em contextos que não estruturam de forma rígida a coleta de dados. Pode-se partir do princípio de que a pesquisa qualitativa é aquela que trabalha predominantemente com dados qualitativos, isto é, a informação coletada pelo pesquisador não é expressa em números, ou então os números e as conclusões neles baseadas representam um papel menor na análise.

Para a classificação da pesquisa, foi utilizada a proposta da autora Vergara (2005) quanto aos fins e quanto aos meios. Quanto aos fins essa pesquisa pode ser classificada como exploratória, pois, segundo Vergara (2005), esse tipo de pesquisa é indicado onde há pouco conhecimento sistematizado sobre o tema. A pesquisa de caráter exploratório é baseada em amostras pequenas, que possibilita uma maior visão e compreensão do problema. Quanto aos meios essa pesquisa pode ser classificada como bibliográfica e estudo de caso. Segundo Lakatos e Marconi (2001) e Martins (2011) a pesquisa bibliográfica é o primeiro passo para o desenvolvimento de qualquer pesquisa. Esse método pressupõe o levantamento dos trabalhos, das pesquisas realizadas sobre o tema objeto de estudo. O estudo de caso, segundo Roesch (1999), é amplamente utilizado como forma de investigação na área da Administração e "[...] é uma estratégia de pesquisa que busca examinar um fenômeno contemporâneo dentro do seu contexto" (ROESCH, 1999, p. 155).

Com a intenção de embasar e amparar o estudo de uma forma direta foram realizadas visitas ao acervo de monografias da FAC, onde se realizou a coleta dos temas/ano/tipo das pesquisas realizadas no período de 1994 a 2014, configurando assim a análise documental. De posse dos dados coletados, os mesmos foram estruturados, objetivando traçar um panorama da situação do acervo da produção científica da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo do curso de Bacharelado em Administração no período de 1994 a 2014.

4. RESULTADOS E ANÁLISES

4.1. Trabalho de Conclusão de Curso - Monografia

Segundo o Art. 9º da Resolução nº 4, de 13 de julho de 2005,

Art. 9º O Trabalho de Curso é um componente curricular opcional da Instituição que, se o adotar, poderá ser desenvolvido nas modalidades de monografia, projeto de iniciação científica ou projetos de atividades centrados em áreas teórico-práticas e de formação profissional relacionadas com o curso, na forma disposta em regulamento próprio.

A Faculdade Arquidiocesana de Curvelo optou por inserir em seu currículo o Trabalho de Conclusão de Curso – Monografia desde a sua primeira Matriz Curricular. Nesse sentido, para que o aluno esteja apto a colar grau, faz-se necessário o desenvolvimento desse trabalho.

4.2. Produção Científica do Curso de Bacharelado em Administração – monografias/ano

A TAB. 1 apresenta o número de monografias produzidas durante o período de 1994 a 2014. Observa-se que ao longo de 21 (vinte e um) anos foram produzidas 946 (novecentas e quarenta e seis) monografias distribuídas em várias áreas da Administração.

TABELA 1 - Monografias produzidas durante o período de 1994 a 2014

1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
19	26	22	29	31	30	33	30	54	52	58	65	64	78	59	69	40	55	49	42	41	946

Fonte: Biblioteca “Monsenhor Paulo Vicente de Oliveira”

O GRAF. 1 apresenta a distribuição dessas monografias ao longo dos anos.

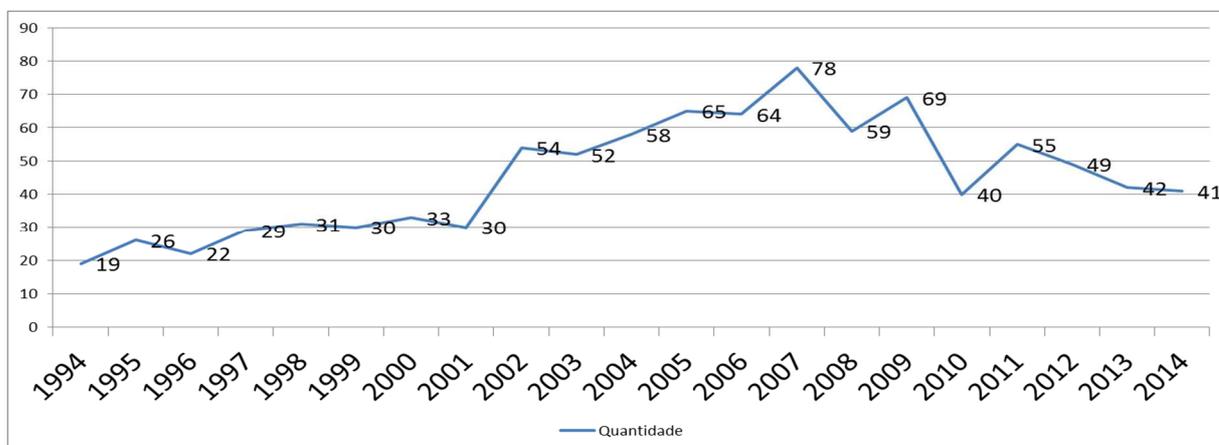


GRÁFICO 1 - Monografias produzidas durante o período de 1994 a 2014

Fonte: Biblioteca “Monsenhor Paulo Vicente de Oliveira”

É importante destacar que o Curso de Bacharelado em Administração iniciou suas atividades com 50 (cinquenta) vagas anuais. Somente no ano de 1999, tendo em vista os conceitos obtidos no Exame Nacional de Cursos e com fulcro no Art. 4º e seu Parágrafo Único da Portaria nº 2175, de 27/11/1997, foi aumentado para 100 (cem) o número de vagas anuais. Por essa razão, percebe-se um aumento no número das produções científicas a partir do ano de 2002.

4.3. Produção Científica do Curso de Bacharelado em Administração – número de monografias produzidas por áreas da Administração/ano

Após identificar o número de monografias produzidas por ano, foi realizada uma separação das mesmas por áreas da Administração: Processos/OSM; Financeira; Recursos Humanos; Produção; Materiais; Marketing; Custos; Sistemas de Informação; Plano de Negócios e Empreendedorismo.

TABELA 2 – Distribuição das Monografias por áreas da Administração

Anos	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Processos/OSM	0	1	2	5	1	1	0	0	3	1	3	9	5	7	3	1	3	5	8	4	6	68
Financeira	3	1	2	0	6	3	6	4	8	11	12	14	5	7	5	13	3	6	1	4	3	117
Recursos Humanos	2	0	1	1	1	2	3	1	7	10	6	6	10	10	13	16	6	9	3	7	3	117
Produção	5	7	3	1	2	2	5	4	6	9	8	18	12	10	8	9	3	5	3	4	5	129
Materiais	2	5	3	5	3	3	1	6	5	3	4	6	10	11	6	9	3	7	8	3	4	107
Marketing	5	8	9	14	17	15	14	10	17	13	10	7	15	17	16	14	16	14	19	12	18	280
Custos	1	4	2	2	1	3	3	3	2	2	6	5	2	3	3	5	3	6	5	7	2	70
Sistemas de Informação	1	0	0	1	0	1	1	2	6	3	6	0	4	3	0	0	1	0	1	0	0	30
Plano de Negócios	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	1	9	2	0	0	1	0	0	0	16
Empreendedorismo	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	3	2	2	2	1	1	0	12
Total	19	26	22	29	31	30	33	30	54	52	58	65	64	78	59	69	40	55	49	42	41	946

Fonte: Dados da pesquisa (2015)

Através da TAB. 2 é possível perceber que a área de Marketing se destaca representando 29,60% dos trabalhos realizados. Em seguida a área de Produção com 13,64%. As áreas Financeira e de Recursos Humanos representam 12,37%. A área de Materiais responde por 11,31% dos trabalhos. Na sequência a área de Custos com 7,40%. A área de Processos/OSM representa um volume de 7,19% das pesquisas. Sistemas de Informação é responsável por 3,17% dos trabalhos. Plano de Negócios representa 1,69% e Empreendedorismo apenas 1,27%.

TABELA 3 – Distribuição das Monografias a cada 3 anos

Anos/áreas	1994	1997	2000	2003	2006	2009	2012	Total
	a	a	a	a	a	a	a	
	1996	1999	2002	2005	2008	2011	2014	
Processos/OSM	3	7	3	13	15	9	18	68
Financeira	6	9	18	37	17	22	8	117
Recursos Humanos	3	4	11	22	33	31	13	117
Produção	15	5	15	35	30	17	12	129
Materiais	10	11	12	13	27	19	15	107
Marketing	22	46	41	30	48	44	49	280
Custos	7	6	8	13	8	14	14	70
Sistemas de Informação	1	2	9	9	7	1	1	30
Plano de Negócios	0	0	0	3	12	1	0	16
Empreendedorismo	0	0	0	0	4	6	2	12
Total	67	90	117	175	201	164	132	946

Fonte: Dados da pesquisa (2015)

A TAB. 3 apresenta a distribuição das monografias a cada três anos. Analisando a produção científica a cada período de três anos, observa-se que ocorre uma oscilação para mais e para menos em determinados períodos.

A área de Processos/OSM apresentou um aumento expressivo no número de trabalhos no período de 2003 a 2005, com um crescimento de 333,33% se comparado ao período anterior. No período de 2009 a 2011 ocorre uma queda relevante de 40% no número de trabalhos, se comparado ao período anterior. No período de 2012 a 2014 apresentou seu maior número de pesquisas, perfazendo um total de 18 monografias.

A área Financeira apresentou um comportamento de crescimento do período de 1994 a 2005. Porém, no período de 2006 a 2008 houve uma queda expressiva de 54,05% de pesquisas nessa área se comparado ao período anterior. No período de 2009 a 2011 houve um pequeno aumento no número de trabalhos. Porém, no período seguinte mais uma vez ocorreu uma queda brusca de 63,64% comparado ao período anterior.

A área de Recursos Humanos apresentou um crescimento ao longo do período estudado, no período de 2009 a 2011 houve uma pequena redução e no período seguinte – 2012 a 2014 - foi testemunhada uma queda expressiva de 58,06%.

A área de Produção no período de 1994 a 1996 se despontou como uma das áreas mais procuradas, no período seguinte apresentou uma redução brusca de 66,67%. Na sequência apresentou um crescimento com destaque para o período de 2003 a 2005, onde foram realizadas 35 monografias. Nos períodos de 2009 a 2014 nota-se uma queda novamente.

Materiais apresenta certa estabilidade nos períodos de 1994 a 2005. No período de 2006 a 2008 ocorre um crescimento expressivo de 107,69% se comparado ao período anterior. Nos períodos seguintes nota-se uma redução no número de produções científicas.

A área de Marketing se apresentou como uma das áreas mais procuradas, o que pode ser verificado por sua evolução ao longo dos períodos. Somente no período de 2003 a 2005 verifica-se uma redução no número de trabalhos, correspondendo a 26,83%, se comparada ao período anterior. Nos períodos seguintes nota-se novamente um crescimento.

A área de Custos apresenta certa estabilidade no período de 1994 a 2002. No período de 2003 a 2005 houve um aumento de 62,50%. No período seguinte – 2006 a 2008 – uma redução de 38,46%. A partir do período de 2009 nota-se um aumento no número de monografias, mantendo-se estável até o final da análise.

Sistemas de Informações representa-se como uma das áreas menos procuradas, destaca-se o período de 2000 a 2008 com o maior volume de produção.

Os primeiros trabalhos sobre Planos de Negócios surgiram no período de 2003 a 2005. No período seguinte houve um aumento expressivo de 300%. Porém, no período de 2009 a 2014 houve uma queda significativa de 91,67%. No período de 2012 a 2014 não houve nenhum trabalho nessa área.

Os trabalhos sobre Empreendedorismo surgem a partir do período de 2006 a 2008, porém a produção ainda é muito pequena.

No período analisado 1994 a 2014, o Curso de Bacharelado em Administração apresentou 09 (nove) matrizes curriculares. Demonstrando a atualização constante do Curso.

No ano de 2001 foi inserida na Matriz Curricular a disciplina de Administração de

Pequenas e Médias Empresas, sendo trabalhado o chamado Plano de Negócios, é por essa razão que os primeiros trabalhos surgem apenas no ano de 2004. A Disciplina de Empreendedorismo foi inserida na Matriz Curricular no ano de 2004, justificando a elaboração do primeiro trabalho nessa área apenas no ano de 2007.

4.4. Produção Científica do Curso de Bacharelado em Administração – classificação das monografias quanto ao tipo de pesquisa

Após identificar o número de monografias produzidas por ano, realizar a separação das mesmas por áreas da Administração e analisar sua evolução ao longo do tempo foi feita a classificação quanto ao tipo de pesquisa: Aplicada, Básica ou Plano de Negócios.

TABELA 4 - Classificação quanto ao tipo de pesquisa Aplicada, Básica ou Plano de Negócios

Natureza	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Aplicada	18	26	21	29	31	30	33	30	52	52	55	65	62	68	52	63	36	48	43	41	39	894
Básica	1	0	1	0	0	0	0	0	2	0	0	0	1	1	5	6	4	6	6	1	2	36
Plano de Negócio	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	0	1	9	2	0	0	1	0	0	0	16
Total	19	26	22	29	31	30	33	30	54	52	58	65	64	78	59	69	40	55	49	42	41	946

Fonte: Dados da pesquisa (2015)

A TAB. 4 apresenta a classificação das monografias quanto ao tipo de pesquisa: Aplicada, Básica ou Plano de Negócios. Observa-se uma grande prevalência da pesquisa aplicada, correspondendo a 94,50% das pesquisas desenvolvidas no período. A pesquisa básica representa 3,81% e o Plano de Negócio apenas 1,69%.

De acordo com o exposto pode-se notar que os alunos obtiveram uma preferência por monografias com pesquisa aplicada, ou seja, a pesquisa feita para a resolução de problema específico para uma determinada empresa.

5. CONCLUSÕES

Esse artigo teve por objetivo geral traçar um panorama das produções científicas do Curso de Bacharelado em Administração da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo - FAC no período de 1994 a 2014. Para isso foi feita uma pesquisa de cunho qualitativo, com intuito de

levantar dados para se conhecer as principais áreas onde foram desenvolvidos os trabalhos de conclusão de curso. Para facilitar o trabalho foi desenvolvido um estudo de forma direta onde foram realizadas visitas ao acervo de monografias da FAC para coleta dos temas utilizados nas pesquisas.

Com a análise das monografias do Curso de Bacharelado em Administração da FAC no período 1994-2014 evidenciou a tendência dos alunos na elaboração de pesquisas aplicadas e a prevalência de estudos na área de Marketing. Sabe-se que o desenvolvimento de trabalhos científicos tem por objetivo contribuir com a ciência e se aproximar da sociedade. Nesse sentido, observa-se que os discentes do curso têm grande preocupação em aplicar os conhecimentos adquiridos o que se justifica pela opção da pesquisa aplicada, que representou 94,50% das monografias realizadas ao longo do período analisado. Conforme visualizado, somente 3,81% dos trabalhos, num período de 21 anos, voltaram-se para a pesquisa básica. Dessa forma, ressalta-se a importância de os docentes incentivarem os discentes a realizarem trabalhos mais reflexivos, de maneira a explorarem e questionarem as teorias administrativas e não apenas buscarem uma aplicação prática dos conteúdos.

Através desse estudo, foi possível notar a preocupação da FAC pela construção de um curso contemporâneo, visualizada pela adoção de 09 (nove) matrizes curriculares ao longo do período de análise, o que contribui para a melhoria e aperfeiçoamento da produção científica, bem como, com a formação de um profissional crítico-reflexivo.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Jeffrey C. O novo movimento teórico. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 2, n. 4, p. 5-28, jun. 1987 *apud* LOPES, Humberto Elias Garcia; BERNARDES, Patrícia. Ampliando a análise da produção científica em administração: o indutivo *versus* o dedutivo, 2001. **Economia & Gestão**. Belo Horizonte, v.1, n. 2, jul/dez. 2001, p. 92-107. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/121>>. Acesso em 25 ago. 2018.
- ANDRADE, R.O.B. História e perspectivas dos Cursos de Administração do Brasil. Anais do II Seminário Nacional sobre Qualidade e Avaliação dos Cursos de Administração. Vitória: 27-29/08/97, p. 10-49 *apud* PIZZINATTO, Nádia Kassouf. Ensino de Administração e o Perfil do Administrador: Contexto Nacional e o Curso de Administração da UNIMEP. **Impulso**. Piracicaba, n. 26, dezembro 1999, p. 173-190. Disponível em: <www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/imp26art11.pdf>. Acesso em 07 nov. 2015.

ARAÚJO, Maria Arlete Duarte de; ARAÚJO, Lacôncia de Oliveira. Formação acadêmica do administrador e mercado de trabalho: um estudo de indústrias de médio e grande porte. **Revista de Economia e Administração**. São Paulo, v. 2, n. 1, jan/março 2003, p. 90-109. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/25629/formacao-academica-do-administrador-e-mercado-de-trabalho--um-estudo-em-industrias-de-medio-e-grande-porte>>. Acesso em 25 ago. 2018.

BARATA, Ariane Maria Ferreira. **Panorama da produção científica do curso de Bacharelado em Administração da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo no período de 1994-2014**. 2015. 37 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Administração) - Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC – MG, 2015.

BERTERO *et al.* Produção Científica Brasileira em Administração na década de 2000. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 53, n. 1, jan/fev 2013, p. 12-20. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/9491/producao-cientifica-brasileira-em-administracao-na-decada-de-2000>>. Acesso em 25 ago. 2018.

BERTERO, C. O. **Ensino e Pesquisa em Administração**. São Paulo: Thomson, 2006 *apud* COSTA, Francisco José da; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante. Uma análise da Formação científica em Cursos de Graduação em Administração: a perspectiva dos alunos. **Revista de Gestão USP**. São Paulo, v. 15, n. 1, janeiro/março 2008, p. 47-60. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rege/article/view/36629>>. Acesso em 25 ago. 2018.

BURREL, Gibson; MORGAN, Gareth. **Sociological paradigms and organizational analysis**. London: Heinemann, 1979 *apud* LOPES, Humberto Elias Garcia; BERNARDES, Patrícia. Ampliando a análise da produção científica em administração: o indutivo *versus* o dedutivo, 2001. **Economia & Gestão**. Belo Horizonte, v.1, n. 2, jul/dez. 2001, p. 92-107. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/121>>. Acesso em 25 ago. 2018.

CLOSS, Lisiane Quadrado; ARAMBURU, Juliane Viégas; ANTUNES, Elaine Di Diego. Produção Científica sobre o Ensino em Administração: uma Avaliação Envolvendo o Enfoque do Paradigma da Complexidade. **Revista Eletrônica de Gestão Organizacional**. Recife, v. 7, n. 2. maio/agosto 2009, p. 150-169. Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/gestaoorg/index.php/gestao/article/view/27>> . Acesso em 07 nov. 2015.

CONSELHO FEDERAL DE ADMINISTRAÇÃO.

História da Profissão. Disponível em <<https://cfa.org.br/administracao-administracao/administracao-historia-da-profissao/>>. Acesso em 25 ago. 2018.

_____. Perfil, Formação, Atuação e Oportunidades de Trabalho, 2015. Disponível em: <http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/08Pesquisa-perfil-2016_v3_web.pdf>. Acesso em 18 ago. 2018.

CONSELHO REGIONAL DE ADMINISTRAÇÃO DA BAHIA.

Resultados do ENADE 2012 e do Censo da Educação Superior 2013 dos Cursos de Bacharelado em Administração e dos Cursos Superiores de Tecnologia em determinadas áreas da Administração. Disponível em: <http://www.cra-ba.org.br/Adm/FCKimagens/Enade/S%C3%ADntese_BA%202015.pdf>. Acesso em 18 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. Resolução n. 4, de 13 de julho de 2005. Disponível em:

< http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces004_05.pdf>. Acesso em 18 ago. 2018.

COSTA, Francisco José da; SOARES, Alexandre Araújo Cavalcante. Uma análise da Formação científica em Cursos de Graduação em Administração: a perspectiva dos alunos. **Revista de Gestão USP**. São Paulo, v. 15, n. 1, janeiro/março 2008, p. 47-60. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rege/article/view/36629>>. Acesso em 25 ago. 2018.

DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1985.

GIROLETTI, Domingos. Administração no Brasil: potencialidades, problemas e perspectivas. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 45. n. 0, set/dez 2005, p. 116-120. Disponível em: <<http://rae.fgv.br/rae/vol45-num0-2005/administracao-no-brasil-potencialidades-problemas-perspectivas>>. Acesso em 18 ago. 2018.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LOPES, Humberto Elias Garcia; BERNARDES, Patrícia. Ampliando a análise da produção científica em administração: o indutivo *versus* o dedutivo, 2001. **Economia & Gestão**. Belo Horizonte, v.1, n. 2, jul/dez. 2001, p. 92-107. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/economiaegestao/article/view/121>>. Acesso em 25 ago. 2018.

MARTINS, Rosilda Baron. **Metodologia Científica**: como tornar agradável a elaboração de trabalhos científicos. Curitiba: Juruá, 2011.

NICOLINI, Alexandre. O futuro administrador pela lente das novas Diretrizes Curriculares: cabeças “bem-feitas” ou “bem cheias”? In: XXVI ENANPAD, Salvador, 2002. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2002-epa-1284.pdf>>. Acesso em 18 ago. 2018.

_____. Alexandre. Educação em administração. Qual será o futuro das fábricas de Administradores? **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 43, n. 2, abril/junho 2003, p. 44-54. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37401/36164>>. Acesso em 18 ago. 2018.

PALÁCIO DO PLANALTO

Lei 4.769/1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4769.htm>. Acesso em 18 ago. 2018.

PARRA FILHO, Domingos Parra; SANTOS, João Almeida. **Metodologia Científica**. 3. ed. São Paulo: Futura, 2000.

PIZZINATTO, Nádia Kassouf. Ensino de Administração e o Perfil do Administrador: Contexto Nacional e o Curso de Administração da UNIMEP. **Impulso**. Piracicaba, n. 26, dezembro 1999, p. 173-190.

ROESCH, Sylvia Maria Azevedo. **Projetos de estágio e de pesquisa em administração: guia para estágios, trabalhos de conclusão, dissertações e estudos de caso**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Quem responde pelo desempenho limitado da produção científica em Administração no Brasil? **Organização & Sociedade**. Salvador, v. 10, n. 28, set./dezembro 2003, p. 165 a 167. Disponível em: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/22960/quem-responde-pelo-desempenho-limitado-da-producao-cientifica-em-administracao-no-brasil->>. Acesso em 18 ago. 2018.

TERRA. Educação. Os cursos mais procurados. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/os-cursos-mais-procurados,cf8f0774587917b8e0962f521583889eo557ss8q.html>>. Acesso em 18 ago. 2018.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração**. 6. ed. São Paulo: Atlas: 2005.

JÚNIOR, Américo Braga. *A (i)legítima expansão do direito penal e colisão de direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, 371 pp.

Alan Ricardo Pereira⁸⁹

O livro intitulado *A (i)legítima expansão do direito penal e colisão de direitos fundamentais*, do professor de Direito Penal e Processo Penal, Américo Braga Júnior, doravante denominado autor, aborda – nas palavras do seu prefaciador e importante jurista, André Luís Callegari – “um dos temas mais polêmicos e atuais” (2015, p. 17) dentro da esfera jurídico-penal, a saber: “o Direito Penal do inimigo como última consequência da expansão” (ibidem).

A ambivalência expressa na primeira parte do título ilegítima/legítima expansão... aponta para o objeto do livro a ser desenvolvido na forma de problema. Afinal, a expansão do direito penal é ilegítima ou, antes, legítima? O autor defende a tese da “[...] modernização material do Direito Penal [...]” (BRAGA JÚNIOR, 2015, p. 23), portanto, a legitimidade da expansão do direito penal, particularmente, no capítulo de nº 3, “A expansão do Direito Penal”. Faz isso, após ter assentado bem as bases da discussão no capítulo de nº 2, “Os fundamentos da Intervenção Jurídico-Penal”, no qual sai em defesa da teoria da estabilização de expectativas normativas (porquanto afeita à modernização do direito penal) em detrimento da teoria do bem jurídico (visto ser desafeita à expansão do direito penal).

A segunda parte do título ou o subtítulo do livro (“[...] colisão de direitos fundamentais”) encontra guarida no capítulo de nº 4, “A Teoria dos Direitos Fundamentais: a Ponderação Como ‘Metodologia’ Estruturante para Substanciar a ‘Modernização’ do Direito Penal”. É, pois, à luz da teoria da ponderação de R. Alexy, que o autor, ao defender a modernização do direito penal, lança mão da teoria dos direitos fundamentais, crucial para a compreensão acerca da ilegitimidade ou legitimidade da tese em comento.

A adoção metodológica do procedimento da ponderação tem o condão (quando da confrontação entre direitos fundamentais de primeira e segunda dimensões) de romper com o direito de natureza liberal (garantista), em que a liberdade individual determinava a intervenção mínima do Estado, período durante o qual foi forjada a teoria do bem jurídico, a fim de entronizar, no seu lugar, o chamado direito penal do inimigo, germinado a partir da

⁸⁹ Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, 2019), com doutorado incompleto em Ciência da Religião pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF, 2012-2014), período durante o qual realizou estágio na Hong Kierkegaard Library (Northfield, MS, Estados Unidos, 2013). Tem experiência nas áreas de Filosofia e Direito, concentrando suas pesquisas em Filosofia Moderna, com ênfase no século XVIII e primeira metade do XIX, particularmente em Kant (pós-kantianos) e Kierkegaard, e em Filosofia e Teoria Moral, Política, Jurídica e Constitucional, tanto moderna, quanto contemporânea, bem como em Filosofia da Religião com recorte em Teologia Filosófica (Metafísica).

revolução industrial, que fez surgir, por sua vez, os direitos fundamentais de segunda dimensão, a saber, os direitos sociais e/ou coletivos.

Ao sustentar este ponto de vista, o autor não nega, entretanto, que o Direito Penal possa reflexamente tutelar bens jurídicos individuais (ver, p. 194). Não por acaso, a teoria da ponderação – acrescida dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade – servir de parâmetro para sopesar a potencial (e também atual) colisão de direitos fundamentais – cada vez mais comum nas sociedades complexas.

Além da tese central – a expansão do direito penal, que no campo ideológico busca atingir penalmente as classes economicamente privilegiadas – temas importantíssimos do Direito, como os princípios do direito constitucional, o controle de constitucionalidade, a teoria dos três poderes, a teoria dos direitos fundamentais, a discussão dos princípios *versus* regras em R. Dworkin e em R. Alexy, assim como o debate entre esses jusfilósofos, dentre outros, são trazidos à baila, enriquecendo de forma incontestada o conteúdo principal do livro.

A leitura desta obra se revela, portanto, imprescindível para todos quantos militam na esfera penal, quer no âmbito teórico (ou seja, na produção do direito), quer no âmbito prático (ou seja, na aplicação do direito). Revela-se, outrossim, crucial para o constitucionalista e, por extensão, para todo aquele que lida com o direito público, em sua inteireza, assim como para o teórico e filósofo do direito. Na verdade, esta obra tem o mérito incomum de conjugar dogmática jurídica e teoria jurídica, mitigando assim a tradicional oposição entre dogmática e zetética jurídicas.