

Organizadores

Guilherme Camargo Massaú

Thiago Ribeiro Rafagnin

Victor Ribeiro da Costa



**DIREITOS
FUNDAMENTAIS E
VULNERABILIDADE
SOCIAL**



DIREITOS FUNDAMENTAIS E VULNERABILIDADE SOCIAL

Guilherme Camargo Massaú

Thiago Ribeiro Rafagnin

Victor Ribeiro da Costa

[Organizadores]

FICHA CATALOGRÁFICA

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

Direitos fundamentais e vulnerabilidade social
[livro eletrônico] / organização Guilherme
Camargo Massaú , Thiago Ribeiro Rafagnin ,
Victor Ribeiro da Costa. -- 1. ed. -- Santa
Maria, RS : Arco Editores, 2021.
ePDF

ISBN 978-65-994306-5-7

1. Artigos - Coletâneas 2. Direito constitucional
- Brasil 3. Direitos fundamentais - Brasil 4.
Direitos fundamentais sociais 5. Direitos humanos I.
Massaú, Guilherme Camargo. II. Rafagnin, Thiago
Ribeiro. III. Costa, Victor Ribeiro da.

21-63057

CDU-342.56:342.7(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direitos fundamentais : Direito
constitucional 342.56:342.7(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

10.48209/978-65-994306-5-7

1ª Edição - Copyright© 2021 do/as autores/as.

CAPA

Arco Editores.

DIAGRAMAÇÃO E PROJETO GRÁFICO

Gabriel E. Machado.

REVISÃO

Dos/as Autores/as.

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerot e Silva
– UNIDAVI/SC
<http://lattes.cnpq.br/8318350738705473>

Profa. Msc. Jesica Wendy Beltrán
-UFCE- Colômbia
<http://lattes.cnpq.br/0048679279914457>

Profa. Dra Fabiane dos Santos Ramos -
UFSM- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/0003382878348789>

Dr. João Riél Manuel Nunes Vieira de
Oliveira Brito -
UAL - Lisboa- Portugal.
<http://lattes.cnpq.br/1347367542944960>

Profa. Dra. Alessandra Regina Müller
Germani -
UFFS- Passo Fundo/RS
<http://lattes.cnpq.br/7956662371295912>

Prof. Dr. Everton Bandeira Martins -
UFFS - Chapecó/SC
<http://lattes.cnpq.br/9818548065077031>

Prof. Dr. Erick Kader Callegaro Corrêa -
UFN- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/2363988112549627>

Prof. Dr. Pedro Henrique Witches - UFES
- Vitória/ES
<http://lattes.cnpq.br/3913436849859138>

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin -
UFOB
<http://lattes.cnpq.br/3377502960363268>

Prof. Dr. Mateus Henrique Köhler -
UFSM- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/5754140057757003>

Profa. Dra. Liziany Müller Medeiros -
UFSM- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/1486004582806497>

Prof. Dr. Camilo Darsie de Souza -
UNISC- Santa Cruz do Sul/RS
<http://lattes.cnpq.br/4407126331414>

Prof. Dr. Dioni Paulo Pastorio - UFRGS -
Porto Alegre/RS
<http://lattes.cnpq.br/7823646075456872>

Prof. Dr. Leonardo Bigolin Jantsch -
UFSM- Palmeira das Missões/RS
<http://lattes.cnpq.br/0639803965762459>

Prof. Dr. Leandro Antônio dos Santos
-UFU– Uberlândia/MG
<http://lattes.cnpq.br/4649031713685124>

Dr. Rafael Nogueira Furtado -
UFJF- Juiz de Fora/MG
<http://lattes.cnpq.br/9761786872182217>

Profa. Dra. Angelita Zimmermann -
UFSM- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/7548796037921237>

Profa. Dra. Francielle Benini Agne
Tybusch –
UFN- Santa Maria/RS
<http://lattes.cnpq.br/4400702817251869>

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea de artigos, intitulada “Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social”, é fruto do trabalho realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Pelotas (UFPel), situada no Rio Grande do Sul. É oriunda do evento “V Seminário Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social”, cuja realização no âmbito do PPGD e da Faculdade de Direito da UFPel ocorre desde 2014, quando os professores da Faculdade de Direito estavam elaborando as primeiras linhas de um projeto de mestrado liderado pela atual coordenadora, Professora Doutora Márcia Bertoldi. Dessa forma, trata-se de um evento que contribuiu com e acompanha a existência do PPGD/UFPel.

A quinta edição evento ocorreu em agosto de 2020 no formato *on-line* devido à pandemia ocasionada pelo Sars-CoV-2 e contou com a participação, em conjunto com a UFPel, das seguintes instituições: Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB), Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (Unijuí), Universidade de Caxias do Sul (UCS), Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

Os artigos publicados nesta obra foram enviados pelos autores e autoras que participaram do “V Seminário Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social”. A presente coletânea é a primeira iniciativa desse gênero oriunda das edições do evento. Por fim, os organizadores esperam que o presente livro estimule novas publicações, sobretudo, para o desenvolvimento do debate a seara dos direitos fundamentais e das vulnerabilidades sociais.

Organizadores

Prof. Dr. Guilherme Camargo Massaú (UFPel)

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin (UFOB)

Mestrando Victor Ribeiro da Costa (UFPel)

Prefácio

Na sua 5ª edição, no ano de 2020, o Seminário Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social realizou-se virtualmente em razão à Pandemia do COVID-19 com a presença da UFOB, UFSM, UNIJUÍ, FURG, UCS e UPF.

Na ocasião, discutiu-se temas relacionados à área de concentração do PPGD/UFPel, os Direitos Fundamentais Sociais, desde as perspectivas da Constituição Federal de 1988 e da vulnerabilidade social de sujeitos tensionados pela exclusão.

O Seminário, que acompanha o PPGD/UFPel desde 2014 quando ainda Projeto, pela primeira vez realizou Grupos de Trabalho com oportunidade de publicação em Anais e em Coletânea.

As reflexões dos autores desta Coletânea dissertam sobre os Direitos Sociais ao trabalho, à saúde, à educação, à proteção da maternidade, ao acesso à justiça e sobre o neoliberalismo e suas incidências na Constituição Federal. No centro dos estudos, mulheres, pessoas privadas de liberdade e trabalhadores terceirizados e em teletrabalho imprimem alguns sujeitos marcados pela vulnerabilidade.

Sendo assim, esta obra inaugura o ideal do PPGD/UFPel de, além de manter esse Seminário anualmente, debater sobre Direitos Fundamentais Sociais desde as perspectivas referidas, também em Grupos de Trabalho com a devida publicação.

Pelotas, abril de 2020.

Profa. Dra. Márcia R. Bertoldi

Coordenadora do PPGD/UFPel

SUMÁRIO

DESCAMINHO PROVOCADO PELO NEOLIBERALISMO À SUPREMACIA CONSTITUCIONAL: ENTRE A DEFESA DO ÓBVIO E A RUPTURA....9

Alexandre Nogueira Pereira Neto

COMO CRIAR PARA SI UM DIREITO SEM ÓRGÃOS? NOTAS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E DESEJO NA CONTEMPORANEIDADE.....25

Ana Carolina Cavalcante Ferreira Julio

O DIREITO SOCIAL DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS MÃES PRIVADAS DE LIBERDADE NO SUL DO RIO GRANDE DO SUL.....46

Rafaela Peres Castanho

RECOMENDAÇÃO N° 62/2020 DO CNJ E O COVID-19 NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA.....60

Lorena Carvalho Leite Garcia de Oliveira

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA.....78

Chanauana de Azevedo Canci

Valesca Brasil Costa

COMPREENENDO A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS DESDE A PRAXIS DOS MOVIMENTOS DE MULHERES.....97

Ana Beatriz Cruz Nunes
Patrícia Borba Marchetto

DEFINIÇÃO DE LIMITES À DURAÇÃO DO TELETRABALHO E FORMAS DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS IMATERIAIS.....121

Gustavo Frizon Auler

A LEI 14.034/2020 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR-PASSAGEIRO DE EMPRESAS AÉREAS.....158

Gabriel Marques Luzzardi

A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL: IMPACTOS DA LEI N° 13.467/2017.....183

Cauê Molina Andreatza

SOBRE OS ORGANIZADORES.....205

**DESCAMINHO PROVOCADO
PELO NEOLIBERALISMO À
SUPREMACIA CONSTITUCIONAL:
ENTRE A DEFESA DO ÓBVIO
E A RUPTURA**

**PATHWAY CAUSED BY NEOLIBERALISM TO CONSTITUTIONAL
SUPREMACY: between the defense of the obvious and the rupture**

Alexandre Nogueira Pereira Neto¹

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). alexandrenpn@gmail.com

RESUMO: O presente texto apresenta, de maneira geral, as premissas da formação do Estado e da importância da formalização da Constituição de 1988 para registrar os valores, as diretrizes e os sentidos que deverão guiar os atores políticos e jurídicos deste espaço. Em um primeiro momento, demonstra a lógica, a ideologia e a interpretação que deve basilar as decisões políticas do Estado brasileiro para, em um sentido amplo, buscar a justiça social com a consequente redução das desigualdades sociais. Da mesma forma, o texto faz um paralelo crítico sobre a dificuldade de se assegurar a supremacia constitucional, já que, por meio da matriz neoliberal, retira as exigências da Constituição, relativizando o seu sentido. Por fim, propõem-se algumas alternativas de âmbito político, jurídico e filosófico para buscar o fiel cumprimento da Constituição de 1988, com o intuito de minimizar os impactos perpetrados pela política econômica neoliberal desempenhada no País.

Palavras-chave: Estado; Supremacia Constitucional; Neoliberalismo.

RESUMEN: Este texto presenta, en general, las premisas de la formación del Estado y la importancia de la formalización de la Constitución de 1988 para registrar los valores, lineamientos y significados que deben guiar a los actores políticos y legales en este espacio. En primer lugar, demuestra la lógica, la ideología y la interpretación que deben fundamentar las decisiones políticas del Estado brasileño para, en un sentido amplio, buscar la justicia social con la consiguiente reducción de las desigualdades sociales. De la misma forma, el texto hace un paralelo crítico sobre la dificultad de asegurar la supremacía constitucional, ya que, a través de la matriz neoliberal, eliminan los requisitos de la Constitución, relativizando así su significado. Finalmente, se proponen algunas alternativas políticas, legales y filosóficas para buscar el fiel cumplimiento de la Constitución de 1988, con el objetivo de minimizar los impactos perpetrados por la política económica neoliberal que se persigue en el país.

Palabras clave: Estado; Supremacía Constitucional; Neoliberalismo.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), é a comprovação ortografada das conquistas civilizacionais alcançadas, durante o longo período da história, por diversas forças progressistas, que experienciaram o destemor de enfrentar poderosas forças coligadas, as quais tinham (e têm) a conveniência de acumularem para si o apanágio dos eflúvios inatingíveis aos excluídos sociais.

Na tentativa de promover a duradoura garantia e a efetividade dos direitos, sobretudo dos sociais, consolidou-se uma constelação de preceitos fundamentais previstos no caderno supremo, os quais deverão o Estado brasileiro prestar esses avanços, por intermédio de suas atribuições e ações, para que acarretem efeitos no mundo dos fatos sociais, para justificar, mormente, sua qualidade democrática.

Contudo, em meio à era da globalização, promove-se, desenfreadamente, uma política econômica que, em vez de proporcionar estabilidade nas relações coletivas, postula graves entraves. Tal medida é impulsionada pelo neoliberalismo. Os países periféricos, como o Brasil, sofrem diante dessa matriz econômica difundida no mundo contemporâneo. Isto é, essa proposta econômica torna a eficiência por parte do Estado diminuta eis que esse modelo econômico retira do Estado as exigências constitucionais (e.g. saúde e educação) e transfere para setores empresariais privados o fomento e a oferta dos direitos sociais enfraquecendo, assim, a supremacia constitucional.

Trata-se de matéria premente, visto que o último governo federal e o atual acentuaram a política econômica neoliberal e, com isso, os direitos sociais foram e vêm sofrendo, paulatinamente, perdas, o que ocasiona em direta transgressão à dignidade da pessoa humana.

A metodologia utilizada para a elaboração deste texto será a dialética, na medida em que este trabalho possui dois elementos chaves: a supremacia constitucional e a política econômica neoliberal. Nesse sentido, conforme será demonstrado, são elementos antagônicos, que não convergem entre si. Assim, proceder-se-á de modo crítico à análise da polaridade que reside entre dois objetos diferentes.

2. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: a defesa

A formulação de uma Constituição está imbricada, necessariamente, com a percepção de Estado e de sociedade. O Homem, para tal fim, abandona o conhecido “estado de natureza”, expressão mencionada por Thomas Hobbes, e organiza-se, portanto, em uma sociedade civil ordenada para, posteriormente, criar e fundar a instituição chamada Estado.

O Estado, em linhas gerais, regula as ações/omissões da sociedade impondo restrições àqueles que extrapolarem os limites por ele imposto. Já a sociedade, por meio de seus componentes, mitiga o seu direito à liberdade em nome da paz e do bem-estar social para evitar eventual convulsão urbana geradora de barbárie.

Pode-se registrar que o Estado, figura inevitável nos tempos modernos, é a forma de organização dos povos, que, para se tornar duradouro e seguro necessita, fundamentalmente, de um aporte jurídico supremo, ou seja, de uma Constituição para traduzir os vieses escolhidos – forma de organização do Estado, princípios constitucionais, direitos fundamentais, direitos sociais etc. – pelos representantes da sociedade.

O Estado substitui a vontade dos atores sociais, isto é, cria-se uma relação de poder daquele em detrimento desses (atores sociais), com o fito de operacionalizar composições de conflito e o bem comum. Pactua-se, portanto, uma espécie de contrato entre as partes – Estado e sociedade – que os norteará dentro da ótica política, filosófica e jurídica vigente da época, com base em uma Constituição.

Devido à evolução histórica e à teórica, e, também, em contraposição aos interesses de classes dominantes, surgiu o movimento do constitucionalismo. A Constituição, que registra os valores fundamentais do Estado, é, nesse sentido, a norma jurídica que constrange as tentativas de descontinuidade dos parâmetros fixados pelo Estado. Por essa razão, como forma de defesa do poder político da burguesia, estabeleceu-se o caráter de proeminência da Constituição, consoante estabelece a doutrina moderna.

Uma Constituição surge a partir do Poder Constituinte, pois é ele que reorganiza a sociedade e fixa os critérios importantes para seu seguimento. O Poder Constituinte, portanto, “cria ou refunda o Estado, por meio de uma Constituição. Com

a promulgação da Constituição, a soberania popular se converte em supremacia nacional. Do ponto de vista jurídico, este é o principal traço distintivo da Constituição: sua posição hierárquica às demais normas do sistema” (BARROSO, 2014, p. 92).

Foi o que ocorreu no período de redemocratização do País. Organizou-se, por meio da Emenda Constitucional, uma Assembleia Nacional Constituinte, que tinha como premissa reorganizar o Estado brasileiro, consignando seu regime de governo como democrático e, principalmente, para estabelecer um conjunto de propostas, ulteriormente imposições, que deveriam (hoje devem) ser obedecidas pelas composições políticas organizadas que conquistassem a gerência da Nação, por meio do voto, assim restabelecido, direto.

O que ocorreu naquele período, na verdade, durante a elaboração da nova Constituição, foram confrontos no campo das ideias, na seara da disputa política, dos diversos representantes da sociedade (advogados, cientistas políticos, parlamentares etc.) à época, que detinham variadas correntes de pensamento e posições político-ideológicas.

Lembra Piovesan (2014, p. 154) que:

De todas as Constituições brasileiras, foi a Carta de 1988 a que mais assegurou a participação popular em seu processo de elaboração, a partir do recebimento de elevado número de emendas populares. É, assim, a Constituição que representa o maior grau de legitimidade popular. Foram ainda realizadas dezenas de audiências públicas, com a participação de especialistas e da sociedade civil organizada.

Embora o embate político faça parte do homem social, como um ser político, que detém essa natureza, a consequência daquelas reuniões foi definidora no sentido de qual política o Estado brasileiro deve priorizar. E desse diálogo político resultou em uma forma jurídica de operacionalizar o novo arcabouço constitucional, que se revela no respeito, na garantia e na manutenção dos direitos fundamentais sociais consagrados no topo normativo.

A ordem jurídica, reformulada, estabeleceu um sistema lógico de interpretação, um sistema, portanto, hierárquico, que não admite preceitos que vão de encontro com a Constituição, na medida em que “há que se considerar, desde logo, que a ideologia constitucional não é neutra, é política, e vincula o intérprete (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 149). O sentido lógico da Carta Constitucional é corroborado pelo

critério da superioridade hierárquica da Constituição em relação a outras normas infraconstitucionais, uma vez que a legislação brasileira não admite antinomias. É o que dispõe Barroso (1996, p. 9):

A ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à ideia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis. [...] Um dos critérios comumente utilizados para evitar as antinomias, solucionando o conflito entre normas, é o critério hierárquico: a norma superior prevalece sobre inferior. Assim, pois, se a Constituição e uma lei ordinária divergirem, é a Constituição que prevalece.

O âmago do constitucionalismo de 1988 se traduz, em apertada síntese, no sentido do respeito à Constituição – característica que é, em última instância, a essência do processo legitimador da Constituinte. Todos os atos políticos, jurídicos e econômicos devem observar os fundamentos constitucionais para que, a partir desses horizontes, caminhe-se em direção ao programa registrado na Constituição. Toda norma, proveniente do processo legislativo, que for contrária aos mandamentos constitucionais deverá, desde logo, ser rechaçada pelo Poder Judiciário, quando provocado pelos legalmente habilitados, para que, a partir do controle de constitucionalidade, os valores concebidos pela Constituição sejam restabelecidos.

A CRFB/1988 é a consagração normativa de conquistas históricas que visa à proteção da dignidade da pessoa humana, à redução das desigualdades sociais, à solidariedade e ao tão perene e valioso princípio da prevalência dos direitos humanos. São preceitos normativos que revelam o caráter humanitário e emancipatório da ordem constitucional brasileira, que corroboram, portanto, com o caráter supremo de fundamentalidade dos direitos sociais. Ou seja, aquelas diretrizes devem ser interpretadas, conjuntamente, com os direitos fundamentais sociais e, assim, assegurados por uma simples razão de ser: estão alicerçados pelo princípio da supremacia constitucional.

Contudo, a busca incessante desses valores – sobretudo pelos movimentos sociais – é barrada quando poderosos grupos econômicos introjetam seu programa neoliberal hegemônico no País. Precisam, após negociações promíscuas com falsos representantes dos interesses do povo, enfraquecer os direitos sociais – e, portanto, as diretrizes constitucionais –, porque são contra o Estado de Bem-Estar Social. Os

poderosos grupos econômicos visam à implementação de seus interesses. Isto é, a presença do *Welfare State* se dá no sentido da regulação da dinâmica do mercado financeiro e isso, por consequência, atrapalha, na visão neoliberal, os negócios empresariais.

Ocorre que as premissas neoliberais se traduzem no sistemático desrespeito dos ditames constitucionais e do programa de Estado Social. Por isso a necessidade de invocar, de uma vez por todas, o respeito à supremacia e à rigidez da Constituição, na medida em que uma Constituição sem legitimidade, que atende aos interesses de poucos em detrimento de muitos, não compactua com os valores consagrados na Carta de 1988. Deve-se priorizar a Constituição, pois ela resguarda o todo, e não a poucos. Até porque, conforme orienta Bonavides (2015, p. 354):

A Constituição jurídica sem legitimidade não tem força para conter e conduzir o decisionismo privado dos grupos sociais que o neocorporativismo de nossa época abrange, decisionismo onde avulta principalmente a realidade econômica e financeira, porquanto traz o peso e o concurso de poderosas formações internacionais – grandes empresas, grandes bancos, grandes investidores – cujo poder político e econômico, sendo tão vasto e dilatado, habitualmente não é perante a soberania estatal um poder subordinado mas subordinante, determinado mas determinante.

A Carta Constitucional, característica de um País soberano, não pode se restringir em ser um compêndio de leis sem força normativa vinculante ou em um mero pedaço de papel sem legitimidade frente às manobras procedimentais que corrompem a supremacia da Constituição. Os desejos de poderosas forças corporativas, que encontram limites no caderno constitucional, devem ser barrados em função da legitimidade da Constituição e do princípio da supremacia que dão azo ao programa de Estado registrado. A supremacia e a rigidez da Constituição são a segurança do programa elaborado pelos Constituintes e, sobretudo, do Direito. Até porque o “desmonte do Estado implica, necessariamente, arrebentar as barreiras do direito. No neoliberalismo há um evidente desprezo pelo direito (COUTINHO, J. N. M., 1996, p. 69). Pode-se afirmar, nesse sentido, que o neoliberalismo, como proposta econômica implementada no Brasil, é uma evidente afronta e abandono à Constituição.

Nessa perspectiva, pretende-se desenvolver a ideia de que a supremacia da CRFB/1988, princípio que busca a proteção e a garantia das previsões constitucionais,

tem como escopo assegurar, também, as suas diretrizes, aquelas propostas neste trabalho, que deverão guiar o sentido da política do País para que, derivado disso, ocorram práticas de implementação e de aperfeiçoamento dos direitos sociais – e da dignidade da pessoa humana – e não o seu desmantelamento por meio de medidas neoliberais.

A supremacia da Constituição servirá de suporte no sentido de constatar que as propostas neoliberais que os governos brasileiros vêm adotando – por exemplo, o “Teto de Gastos” (EC 95/2016)⁴³, Reforma Trabalhista e a Reforma da Previdência – estão em desacordo com os preceitos constitucionais e, por isso, devem ser afastados do desenvolvimento social do Estado brasileiro. Ou seja, a Carta de 1988 propõe um programa de Estado Social e, por isso, a importância de um princípio dessa envergadura que dê arrimo e base jurídica viável para sua proteção,

[...] a fim de que o Estado possa mais e os grupos econômicos possam menos, faz-se mister a plena eficácia da ordem constitucional como força normativa autônoma sem sujeição a interesses privilegiados que atuam compulsivamente sobre a sociedade por obra única de sua hegemonia financeira e econômica, não raro divorciada do bem comum (BONAVIDES, 2015, p. 354).

Em essência, qualquer norma que for de encontro às prescrições do texto constitucional será, impreterivelmente, considerada incompatível e, conseqüentemente, inconstitucional. Isso justifica, portanto, a sua natureza de superioridade. É o que traduz Canotilho (2002, p. 246):

A vinculação do legislador à constituição sugere a indispensabilidade de as leis serem feitas pelo órgão, terem a forma e seguirem o procedimento nos termos constitucionalmente fixados. Sob o ponto de vista orgânico, formal e procedimental as leis não podem contrariar o princípio da constitucionalidade. A constituição é, além disso, um parâmetro material intrínseco dos actos legislativos, motivo pelo qual só serão válidas as leis materialmente conformes com a constituição. A proeminência ou supremacia da constituição manifesta-se, em terceiro lugar, na proibição de leis de alteração constitucional.

A CRFB/1988 “é dotada de supremacia e prevalece sobre o processo político majoritário – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional (BARROSO, 2014, p. 92).

A tônica de superioridade da Carta de 1988 é uma imposição, é um comando que justifica a qualidade da democracia brasileira, é uma implicação que dota o

Estado Social brasileiro de soberania, de independência, é um imperativo que fixa os preceitos e os guias que o Estado brasileiro tem de ter como premissa maior, eis que suas proposições irradiam o seu autêntico cumprimento às leis, às políticas econômicas e sociais, ao direito e a todos e todas.

A força normativa da Constituição serve de paradigma para obstar tentativas de graves violações ao texto constitucional em relação, também, aos preocupantes efeitos da cultura neoliberal que vem sendo difundida cada vez com mais força nos programas de governos mundiais, sobretudo no Brasil.

Os projetos neoliberais hegemônicos, diante de sua atuação global, estão conquistando todas as arenas públicas e, com isso, interferindo de forma discricionária sobre assuntos de interesse popular com a finalidade de, exclusivamente, promover os seus pares. Essas pretensões, indubitavelmente, terão conotações corporativas e não republicanas, eis que, na verdade, “o verdadeiro motor da história continua a ser o poder do capital, que subordina o Estado e a sociedade, colocando-os a serviço de sua acumulação cega (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 23).

Os atores políticos e sociais devem preservar os comandos da Constituição, por conta de sua razão suprema, e atender às diretrizes que ela impõe, que são: a promoção da dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e, sobretudo, a prevalência dos direitos humanos.

Tem-se que criar barreiras para impedir, o máximo possível, os efeitos que a política econômica neoliberal propaga. As decisões econômicas, com base na doutrina neoliberal, resultaram em grandes crises financeiras mundiais e, muito embora esses fatores tenham sido devastadores para muitas sociedades, essa receita ainda continua sendo replicada. De acordo com Valim (2017, p. 55):

Isso implica, inelutavelmente, uma radical transformação da relação hoje existente entre economia e política. Aquela deve ser subalterna a esta, ou, em outras palavras, a economia deve servir às pessoas e não o contrário. Daí emergirão as condições para o enfretamento da criminosa desigualdade social que, em rigor, inviabiliza qualquer projeto de sociedade democrática.

Ora, não há força normativa de textos legais sem o respeito à Constituição. Esse respeito é em grande parte a essência de toda normatividade constitucional, o segredo da estabilidade das Constituições. Sem ser respeitada, a Constituição escrita

perde sua juridicidade. Sem respeito à Constituição, a sociedade não participa; a Constituição real se demite então de sua legitimidade e de seu concurso no reforço normativo da lei suprema. A regulação executiva de interesses básicos da nação e da sociedade, por meio de caminhos extraconstitucionais e extraparlamentares, amolece o respeito à Constituição e abre espaço às inovações do arbítrio. A Constituição somente será uma força ativa, um texto de eficácia normativa, um alicerce jurídico de mudança e de reforma, um elemento de coartífcie da realidade social e política, unicamente se tiver fundamento democrático, se unir a forma ao conteúdo, o ser ao dever-ser, para documentar e exprimir então os sentimentos nacionais mais profundos (BONAVIDES, 2015, p. 355-356).

Como assegurar, portanto, a supremacia da Constituição de 1988? É o que se propõe no próximo item.

3. PROPOSTAS DE IRRESIGNAÇÃO: a ruptura

A proposição de mecanismos alternativos ao modelo jurídico neoliberal vigente, que enfraquece a CRFB/1988, suas diretivas programáticas de Estado e desfragmenta os direitos sociais fundamentais, revela, é cediço, um teor de elevado grau de utopia. Entretanto, a vida sem utopia é silêncio diante da naturalização das mazelas sociais. É desconhecer as transformações históricas emancipadoras.

A criação de barreiras aos efeitos neoliberais que se desenvolvem mundialmente é de difícil apreensão e necessita, sobretudo, de profunda reflexão sobre as contradições e as complexidades que envolvem o pensamento político-jurídico contemporâneo globalizado do Século XXI, marcado, notadamente, pelo pensamento ideológico hegemônico neoliberal. Por isso, a necessidade de se construir um caminho diferente, que permita outras formas de organização social, que expresse a consolidação, definitiva, de um sistema inclusivo garantidor da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais.

O debate, portanto, que deve ser posto em prática se dá no tocante à disputa de ideologias, na medida em que a ideologia neoliberal não se propõe a efetivar materialmente as propostas ideológicas compromissórias da CRFB/1988. É necessário adotar uma perspectiva crítica em face de uma ideologia que não é inclusiva, que exclui da participação da sociedade determinados atores sociais e

privilegia seletos setores da sociedade. Também, é mister a intensificação de um contraponto à ideologia neoliberal. Ou seja, deve-se propor uma ideologia jurídica que dê arrimo aos preceitos do Estado Social, que promova, em todos os seus atos, a construção da justiça social. Combate-se uma ideologia por meio de outra, e a ideologia combativa, nesse caso, é, pura e simplesmente, a ideologia que está implícita em todos os desvãos da Constituição Cidadã de 1988: a promoção da justiça social.

O pensamento crítico, isto é, a construção de elementos intelectuais que levam a duvidar daquilo que é posto é de extrema urgência para invalidar os axiomas políticos-jurídicos, de teor econômico neoliberal, que distorcem os comandos registrados na CRFB/1988. Deve-se desenvolver o pensamento crítico, para, a partir dele, avaliar, analiticamente, as proposições que são contrárias à Constituição e refutá-las, argumentando e demonstrando os elementos jurídicos que apoiem tal objeção. Esse caminho se pauta no respeito à Constituição.

A participação ativa dos atores sociais é um mecanismo de controle do Estado Social brasileiro, pois atua na defesa da CRFB/1988, da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais. Essa participação ativa da sociedade em demandas sociais, que é impreterível, serve para barrar o avanço dos interesses políticos neoliberais e seus efeitos.

Assim, se é por meio do Direito que se asseguram os preceitos da Constituição, é inevitável que o debate deve ser feito, também, nas arenas políticas. “A democracia participativa nos países periféricos é, em tese, a guardiã política do constitucionalismo social; o meio, por excelência, de prevenir a ruína dos direitos fundamentais da segunda geração em face da ameaça supressiva que lhe faz o neoliberalismo” (BONAVIDES, 2015, p. 374).

Os cidadãos, engajados na causa coletiva e sabedores das diretrizes do Estado Social brasileiro, devem conquistar as áreas de disputa política, para se posicionarem contra os ideários neoliberais e para fazerem valer os comandos supremos da Constituição. “A concretização do programa material posto pela Constituição para fundamentar a justiça social e legitimar os poderes do Estado dentro de uma forma mais apurada de consenso exige obviamente um volume de participação do povo” (BONAVIDES, 2015, p. 362).

A atuação ativa dos indivíduos frente à sociedade serve de paradigma para criar horizontes de mudança do status quo em relação aos preocupantes efeitos da cultura neoliberal que vem sendo difundida cada vez com mais força nos programas de governos mundiais. Os projetos neoliberais hegemônicos, diante de sua atuação global, estão conquistando todas as arenas públicas e, com isso, decidindo de forma discricionária assuntos de interesse popular com a finalidade de, exclusivamente, promover os seus pares, porque “o braço executivo do neoliberalismo conspira contra a Constituição com a cumplicidade do Legislativo, com a indiferença das classes sociais, com o alheamento dos partidos, com a complacência da cúpula judiciária cativa às pressões presidenciais” (BONAVIDES, 2015, p. 373).

Cria-se, destarte, um Estado de Exceção, que “é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal” (VALIM, 2017, p. 34).

Portanto, é preciso repensar o Estado Social brasileiro e, conseqüentemente, as políticas econômicas que são desenvolvidas, para que sejam criados bloqueios às interferências internacionais motivadas pela economia neoliberal, no sentido de promover alternativas a essas práticas com intuito de consolidar, de uma vez por todas, o programa de Estado registrado na Constituição, que é o da promoção do Estado Social. O Estado, adotando as práticas neoliberais e consolidando parcerias com grandes empresas, acaba se tornando refém de suas imposições e, por isso, privilegia os interesses dessas em detrimento dos anseios constitucionais.

Em razão disso, premente é o desenvolvimento de mecanismos políticos, jurídicos e filosóficos para que o Estado Social brasileiro ganhe efetividade e para que a CRFB/1988 não seja apenas um comando constitucional prescritivo. A transformação social de emancipação, por meio do Estado e do Direito, pode ser guiada pela intensificação da participação da coletividade em busca da efetivação de uma contra hegemonia no sentido de criar mecanismos alternativos à sociedade influenciada pelos paradigmas neoliberalizantes.

Importante, então, que se produzam elementos de discussão reflexiva no sentido de incentivar e demonstrar o porquê da importância da participação efetiva da sociedade em demandas sociais para a transformação social e para que valores

imperativos neoliberais sejam afastados do plano econômico e, assim, seja criada uma consciência coletiva plena que objetiva a emancipação do todo.

Esse é um elemento de resistência à economia neoliberal, tendo em vista que se viabilizam elementos políticos de viés progressista para desfazerem paradigmas hegemônicos e buscarem, incessantemente, mecanismos alternativos com intuito de afastarem o neoliberalismo e seus efeitos.

A necessidade de participação popular resta evidente diante da impossibilidade de convívio de preceitos constitucionais fundamentais com práticas econômicas neoliberais no plano político-econômico do Brasil. Aquele objetiva o convívio, a socialização de demandas públicas, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a prevalência dos direitos humanos, a solidariedade, a promoção e o aprimoramento dos direitos sociais, a supremacia da Constituição, o desenvolvimento de políticas públicas que potencializem a efetivação da dignidade da pessoa humana. Este objetiva o desmantelamento dos valores constitucionais, das diretrizes de Estado, da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais no sentido de defender e preservar interesses de um conjunto seletivo de pessoas, e não de toda a coletividade. Ou seja, esses elementos são antagônicos e não conversam entre si, embaraçando, assim, o seu contato harmonioso.

O neoliberalismo somente poderá ser superado, se sua base material for desmantelada sistematicamente por meio de mecanismos jurídicos que garantam políticas econômicas democráticas “que apoiem um modelo de desenvolvimento capaz tanto de distribuir de forma mais justa a renda, a riqueza e o poder quanto de prover mais bem-estar à maioria pobre da população. Esta é a condição fundamental para a democracia”. (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 257). Esses mecanismos jurídicos devem estar baseados em controle sobre o fluxo de capital, na regulação do comércio exterior, em políticas que visem à implementação de um projeto de desenvolvimento nacional, na redução da desigualdade de renda e de riqueza, no aprofundamento de programas sociais patrocinados por um sistema tributário progressivo e pela redistribuição de gastos públicos (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 257).

O fortalecimento de um Estado Social Democrático depende da participação de uma sociedade de cidadãos e de um sistema político aberto que permita as

mobilizações de massa suficientemente fortes “para exigir mudanças dos governos, ou mesmo mudanças de governo, [...] para integrar as organizações de massa no Estado e, ao mesmo tempo, preservar sua integridade política, suas raízes populares e sua responsabilidade perante a maioria da população” (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 257). Sem a participação da sociedade, “não há possibilidade de mudanças econômicas e sociais significativas se não houver mobilização popular, politização das massas e exposição dos conflitos a serem superados” (MASCARO, 2018, p. 166).

Há alguma alternativa no horizonte? Em outras palavras, o Estado Social brasileiro é capaz de disciplinar o movimento ideológico neoliberal em defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais, tendo em vista o fator de a globalização influenciar nesses aspectos em pleno Século XXI? Não há um único caminho a ser seguido, mas as respostas possíveis é o que se deve perseguir e se ter no horizonte para que, parafraseando o pensamento conhecido pela fala de Eduardo Galeano, passo a passo, possa-se, embora o horizonte sempre se distancie, continuar caminhando.

CONCLUSÕES

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi um marco social e jurídico, porque significou um profundo avanço na garantia de direitos aos cidadãos brasileiros. O texto constitucional não só consolidou o Estado Democrático de Direito – importante conquista após 20 anos de exceção comandada pela ditadura militar –, como também registrou uma série de programas de Estado, que revelaram a alma do projeto de Nação.

A Carta Maior estabeleceu diretivas importantes para corroborar com a materialização dos direitos sociais – visando à diminuição da desigualdade social –, tais como: o fundamento da dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a prevalência dos direitos humanos. São orientações que fixam o caráter humanitário e inclusivo da CRFB/1988 e devem nortear as ações político-jurídicas da Administração Pública.

Tais premissas foram reforçadas pela supremacia da CRFB/1988 e racionalizaram o sistema lógico de interpretação constitucional. Ou seja, o arcabouço jurídico deve ser baseado nas diretrizes constitucionais para, assim, concretizar o fiel cumprimento das leis, sobretudo, na tomada de decisões jurídicas e econômicas. Isto é, em função da característica soberana dos valores registrados no texto constitucional, os direitos sociais fundamentais devem ser analisados a partir dessa distinção jurídica. Os direitos sociais, pois, devem ser prestados e assegurados – e não suprimidos ou restringidos – pelo Estado. Por essas razões, os direitos sociais não são favores ou privilégios, são direitos do cidadão e dever ativo de implementação e prestação do Estado.

Muito embora a Constituição Cidadã tenha uma série de diretivas, características e proteções, verificou-se que a política econômica desempenhada no País potencializa as dificuldades de efetivação desses elementos e agrava as discrepâncias sociais. O neoliberalismo, vertente ideológica que objetiva o desmantelamento do Estado, vem sendo introjetado no Brasil desde a redemocratização e vem sendo aprofundado nos dias atuais. O neoliberalismo postula o sistemático descumprimento da CRFB/1988, porque promove implementações jurídico-econômicas que tendem a relativizar e a suprimir os comandos estruturantes da Constituição, pois tem uma razão de ser: a manutenção do privilégio das elites econômicas.

Propõe-se, nas conclusões, a participação popular como um mecanismo de controle do Estado Social brasileiro, seja pelo debate jurídico, seja pela via política. A democracia participativa é um meio de intensificação social no que diz respeito à criação de uma contra hegemonia que busca a criação de mecanismos alternativos à sociedade viciada pelos ideais neoliberais. Esse é um caminho longo a ser trilhado. Todavia, uma dose diária de utopia amplia os horizontes para, em um tempo futuro, conquistar espaços que, preteritamente, avaliavam-se como impossíveis.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 91-96.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Almedina, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Jurisdição, Psicanálise e o mundo neoliberal. In: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho (et al). **Direito e Neoliberalismo: elementos para uma leitura interdisciplinar.** Curitiba: EDIBEJ, 1996. p. 41-71.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e Golpe.** São Paulo: Boitempo, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Comentário ao artigo 4º, II. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil.** 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 153-159.

SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lecio. **Brasil: neoliberalismo vs democracia.** São Paulo: Boitempo, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo.** São Paulo: Contra Corrente, 2017.

COMO CRIAR PARA SI UM DIREITO SEM ÓRGÃOS? NOTAS SOBRE ACESSO À JUSTIÇA E DESEJO NA CONTEMPORANEIDADE

HOW TO CREATE A RIGHT FOR YOU WITHOUT ORGANS? NOTES
ON ACCESS TO JUSTICE AND DESIRE IN CONTEMPORANEITY

Ana Carolina Cavalcante Ferreira Julio²

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Mestra em Direito nesta mesma instituição. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Membro do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão Inventar: arte e construção do conhecimento jurídico (CNPq). E-mail: acarolinajulio@gmail.com.

Resumo: O presente artigo busca, a partir do estudo sobre a formação da subjetividade do sujeito moderno, compreender os seus reflexos sobre a própria ideia de acesso à justiça que hoje se apresenta. Assim, considerando a construção dos conceitos de Direito e Justiça na modernidade, sob princípios produtores de desigualdades, destaca-se o fato da possível inefetividade das práticas de justiça estar justamente relacionada com as suas forças modernas fundamentais. Por isso, apresentam-se os conceitos de utopia e heterotopia, sobre os quais algumas estratégias de acesso à justiça poderiam se ligar e produzir realidades distintas. A utopia, como sendo a ideia capturada pela Epistemologia Jurídica Moderna. E a heterotopia, como o espaço ainda não capturado, mas em processo de captura. Apostando, assim, na heterotopia, o desenvolvimento deste estudo pretende que o jurista possa identificar como as significações modernas sempre retornam ao campo das desigualdades, pois estas são as suas bases. Por consequência, buscar o acesso à justiça como utopia seria apenas mera estratégia de sobrevivência, de socorro a este modo de vida. Mas criar estratégias para si, negando os organismos do Direito e da Justiça e colocando a ética do cuidado como norte, implica em constantemente buscar novas formas de promover o acesso à justiça. Não como um exercício profissional, mas como modo de vida ético. Trata-se, então, de adotar práticas que partam do cuidado de si, na tentativa de esquivar-se o quanto mais possível das capturas das forças modernas. Ao final, assim, apresentou-se a aplicação desta teoria como ferramenta na criação de uma cartilha informativa sobre o auxílio emergencial à população. A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica, utilizando o referencial teórico de Foucault (2008; 2013), Deleuze e Guattari (2010) e Rocha (1998).

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Subjetividade; Ética do Cuidado.

Abstract: The article intends, based on the study on the formation of the subjectivity of the modern subject, to understand its reflexes on the current idea of access to justice. Then, considering the construction of the concepts of Law and Justice in modernity, based on principles that produce inequality, the fact that the possible ineffectiveness of justice practices is precisely related to its own fundamental modern forces is highlighted. For this reason, the concepts of utopia and heterotopia are presented, on which some strategies of access to justice could be linked and produce different realities. Utopia, as an idea captured by Modern Legal Epistemology. And heterotopia, as space not yet captured, but in the process of being captured. Thus, believing in heterotopy, the development of this study intends that the jurist can identify how modern meanings always return to inequalities, as these are its bases. Consequently, seeking access to justice as a utopia would be merely a strategy of survival, of helping this way of life. But creating strategies for yourself, denying the organisms of law and justice and placing the ethics of care as the north, implies constantly seeking new ways to promote access to justice. Not as a professional exercise, but as an ethical way of life. It is a matter, then, of adopting practices that start with self-care, in an attempt

to evade as much as possible of the capture of modern forces. At the end, the application of this theory was presented as a tool in the creation of an information booklet dealing with the topic of emergency assistance to the population. The methodology used was bibliographic research, using the theory of Foucault (2008; 2013), Deleuze and Guattari (2010) and Rocha (1998).

Keywords: Access to justice; Subjectivity; Ethics of Care.

1. INTRODUÇÃO

O artigo funda-se em um estudo transdisciplinar, unindo ideias do direito, da psicologia e da filosofia. Assim, desde a apresentação do problema, parte de questionamentos sobre a construção da subjetividade do sujeito moderno e de que modo isso influenciaria no acesso à justiça que hoje se busca. Questiona-se: como os conceitos de Direito e Justiça na modernidade influenciam as nossas práticas de justiça contemporâneas e de que modo, a partir daí, poder-se-ia criar outros usos para o acesso à justiça?

O fato é que o estudo do sujeito na modernidade implica necessariamente em lançar-se um olhar à construção de subjetividade do jurista através das forças que lhe atravessam, que sofrem forte influência da disciplina (FOUCAULT, 2013) e da biopolítica (FOUCAULT, 2008) como táticas de normalização. Ora, é o jurista quem traz o direito ao plano concreto, em ações que se nomeiam como jurídicas, no dia a dia da advocacia. Por isso, estudar seus rituais e seus desejos, como reflexos das forças que lhe atravessam e criam a realidade, é uma estratégia potente para se engendrar resistências possíveis nessa prática.

Deste modo, no primeiro capítulo, a pesquisa realizou uma intersecção entre os temas da modernidade e do direito, aprofundando-se nos conceitos foucautianos sobre a emergência dos princípios liberais e neoliberais como norteadores de um modo de vida produtora de desigualdades. Algo que reflete a forma de governar a população, criando instituições e conceitos com base nesses princípios, como acontece com o Direito e a Justiça, ambos significados a partir de tal recorte. Neles, forças modernas acabaram por se sobressaltar, estabilizando-se justamente por prometer a utopia como espaço paradigmático.

Por tal razão, logo em seguida, delimitou-se a diferença entre o acesso à justiça como utopia e como heterotopia. Trata-se de uma diferenciação fundamental, considerando que a utopia liga-se diretamente a estabilidade da fórmula Direito-Justiça, no momento em que captura estratégias a si. Assim, mesmo que apresente um lugar perfeito a ser alcançado, neste movimento de acoplamento de estratégias apenas reafirma esse modo de vida, vez que elas se tornam executáveis dentro do próprio sistema de justiça vigente. Sobre isso, apresenta-se a captura das ondas renovatórias de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988), que funcionando dentro da lógica do direito, atuam como um socorro que busca amenizar as desigualdades que já vem ocorrendo nesta realidade.

Mas como heterotopia, a ideia acaba por criar práticas de resistência, pois se funda no real e experimenta-se em outro espaço. Assim, busca nesta vida as próprias ferramentas para torcê-la e engendrar formas diferentes de promover um acesso à justiça efetivo. A questão é: como se faria isso? Por tal razão, o capítulo seguinte dedica-se a desenvolver os conceitos necessários a serem compreendidos para partir para esta criação de estratégias de se torcer os conceitos de Direito e Justiça.

Deste modo, no segundo capítulo, aborda-se a questão da subjetividade e do sujeito na contemporaneidade. É que as estratégias modernas conseguiram se infiltrar em todas as micro relações que se estabelecem, de modo que, a partir da biopolítica e da disciplina, ocupam-se de produzir subjetividades. Isso quer dizer que são essas ideias que conduzem o sujeito na criação de mundo, em palavras-atos-pensamentos, através de desejos fabricados nesta dinâmica de vida. Nesse sentido, entender sobre essas subjetividades é parte da estratégia que aqui se propõe, questionando-se: *o que é isso que deseja em mim?* (FOUCAULT, 2008)

Por fim, a última parte do capítulo parte para a apresentação da estratégia de heterotopia, que se funda sobre o próprio direito. Considera-se que ele deve ser pensado como um corpo sem órgãos (DELEUZE; GUATTAR, 2010), em práticas sem organismo. Mesmo assim, não se pode desconsiderar toda a história das forças que lhe constituíram, algo essencial para a contenção das violações as quais se assistem hoje, por práticas utópicas. E considerar isso é adotar um pensamento contemporâneo ao nosso tempo. Mas o que se quer aqui é chamar a atenção do jurista à possi-

bilidade de afirmar o acesso à justiça fora do próprio campo do direito, algo externo ao dia a dia do que constitui a ideia de fazer justiça. E isso se faz a partir do cuidado de si, que se norteia pela ética do cuidado.

E, então, concretiza-se o exercício da prática teórica que aqui se apresentou, com a exposição da cartilha informativa criada em março de 2020, com uma linguagem e imagens acessíveis ao público em geral, explicando sobre o auxílio emergencial. Com o entendimento sobre a potencialidade desta autora, foi possível apresentar-se algo “sobre” direito, mas não “como” direito. Considera-se, então, que esse estudo liga-se a teoria de Economides (1999), quando propõe a releitura das ondas renovatórias de acesso à justiça. Para ele, deslocamos as contribuições iniciais de Cappelletti e Garth (1988), mirando na formação do jurista.

Deste modo, com conceitos densos como Corpo sem Órgãos, Subjetividade, Desejo, Disciplina, Biopoder, Acesso à Justiça e Epistemologia Jurídica Moderna, adota-se o referencial teórico base de Foucault (2008; 2013), Deleuze e Guattari (2010) e Rocha (1998), a partir dos quais se desenvolve esta pesquisa bibliográfica. Portanto, trata-se de um estudo que se aprofunda nessa busca pelo acesso à justiça efetivo, tencionando a própria significação da qual ele parte.

2. O DIREITO E A MODERNIDADE

Há de se considerar que tanto a teoria, quanto a prática jurídica hoje são reflexos do modo político de se viver em sociedade. Isto é, o direito a que hoje se conhece é produto da realidade de determinado período histórico, o qual, aplicado por quem há época exercia fortemente um poder (FOUCAULT, 2013), deu início ao modo como hoje somos governados e nos relacionamos.

Rocha (1998) considera justamente a modernidade como este momento histórico, onde se pode identificar uma mudança de princípios, de relações de poder e, principalmente, uma mudança econômica que se espalhou pelo mundo. Afinal, as revoluções francesa (1789) e americana (1776) coincidiram com a infiltração do liberalismo no interior das nossas relações sociais. A partir daí, princípios como os da eficiência, da produtividade, da razão, da transcendência e da imparcialidade (ROCHA, 1998) passaram a ser algo comum a todas as instituições do estado, inclusive,

às instituições jurídicas.

A questão é que justamente naquela época, a noção de propriedade privada foi algo que começou a imperar. E, por consequência, esses princípios também vieram a se refletir na construção das novas relações, até mesmo na própria ideia de família. A burguesia, afinal, como categoria de grande influência no exercício do poder há época, trazia para boa parte dos espaços de poder os princípios liberais. A partir daí, assistia-se a *oikonomia*, como prática de administração da empresa, da família, da cidade, enfim, de todas as micropolíticas sociais existentes (FOUCAULT, 2008).

Este último fato interessa-nos aqui, sobretudo, na afirmação deste modo de vida moderno em todos os campos de relações. Com isso, atuando no público e no privado, garantia-se a sua estabilidade numa ação política para a manutenção do exercício do poder. Este que, por sua vez, se infiltra, fazendo uso das próprias pessoas vivendo nessa realidade e acreditando nesses princípios para se vigiarem constantemente. É o governo de si e dos outros pelo olho do poder, em práticas de governamentalidade (FOUCAULT, 2008). O que continuou, inclusive, no período do neoliberalismo. Como afirma Foucault (2013, p. 245), “As “Luzes” que descobriram a liberdade também descobriram as disciplinas”.

Deste modo, contando com a disciplina³ e a biopolítica⁴ como técnica de governamentalidade, as ações das instituições inventaram e se reinventaram ao longo dos séculos, garantindo a estabilidade política a que hoje se assiste. É, portanto, o direito moderno resultado desse contexto. Então, considera-se que os rituais jurídicos hoje aplicados para a resolução de conflitos (CHASE, 2014) não passam de formas que ganharam força no mundo moderno, e foram legitimados pela positivação da tradição:

Os homens, após longos períodos, cobriram essas tradições com o manto do sagrado. Os primórdios do Direito Grego e do Direito Romano não deixam negar o peso que a tradição e o misticismo da religião exercia sobre eles.

3 Foucault (2013) trata a disciplina como uma tática de exercício de poder implantada a partir da época das luzes, que dispunha, através dos métodos da docilização e do adestramento, de práticas de produção de subjetividades. Isto é, ocupava-se de criar o modo de vida das pessoas, vigiando, punindo e examinando seus atos, para melhor conhecê-los e governá-los. Isso para todas as instituições, como igreja, escola, fábrica, família, etc. Fortemente identificada no período liberal.

4 Como outra tática de exercício do poder, a biopolítica surge em momento posterior à disciplina, mesmo que não seja excludente a ela. Assim, atua sobre o movimento vivo dos corpos em sociedade, aproveitando-se das suas potencialidades para governar. Atua, portanto, sobre corpos disciplinados, conduzindo-os pelo poder pastoral e o poder de polícia. Isso ocorre mais fortemente a partir do neoliberalismo (FOUCAULT, 2008).

Em ambos os casos, foram os sacerdotes os primeiros intérpretes do direito, a relevar os desígnios dos deuses, mas que nada mais eram do que as convenções do passado que a tradição petrificou enquanto fórmulas a serem enunciadas. (ALVES, 2012, p. 108)

Por isso, há de se considerar que as ideias de Direito e de Justiça na modernidade têm uma significação própria, respeitando os limites dessa estrutura. Assim, por mais que advoguem por uma busca utópica (FOUCAULT, 2009) ao local paradigmático de justiça, esse espaço certamente nunca será alcançado, já que a própria estrutura moderna sobre a qual foi construída o Direito e a Justiça é produtora de desigualdades.

O que ocorre é que quando alguma ideia reformadora desponta no horizonte do direito, a justiça, mais flexível, acaba por abraçá-la, capturando-a para dentro da estrutura de poder. A justiça, portanto, acopla a mudança para constituir o direito, promovendo o rearranjo das suas tradições, mas sempre na intenção de impedir que a ligação Direito-Justiça na modernidade seja rompida. Com isso, as estratégias de mudanças passam a fazer parte desse mesmo sistema moderno, ganhando forma e aplicabilidade nele, garantindo a sua manutenção. É a captura, vista em grande parte dos estudos foucautianos.

O fato é que essas forças modernas, conforme já apontado, atravessam todos os campos das relações sociais. Criam, portanto, a subjetividades e modos de vida. Por isso, é possível se dizer que o direito moderno como está, assim se mostra porque foi desejado por nós, já que são as forças que saltando de dentro de cada um que acabam por criar as nossas ações concretas. E aqui, especificamente, criando a realidade do que se nomeia como campo do direito. Ora, não é o desejo algo oculto no interior do inconsciente. Trata-se, porém, de algo social, que se faz a partir do contato com o outro. Por isso, pode-se afirmar que a vida moderna é desejada por nós, situação esta que só acontece porque houveram impulsos nesse sentido criados ao longo desta existência na modernidade (DELEUZE; GUATTARI, 2010).

Diante disso, considera-se que as técnicas da disciplina e da biopolítica, utilizadas nesse recorte de produção de subjetividades, ligam-se diretamente à ideia do direito e da justiça. No período da monarquia, antes da implantação do liberalismo e neoliberalismo, o soberano punia diretamente o corpo do infrator, com os suplícios. Com isso, vinha a reduzir suas forças. Mas agora, na modernidade, a grande diferen-

ça é que as táticas de governamentalidade aplicam-se a fim de redistribuir as forças dos sujeitos (FOUCAULT, 2009), constituindo corpos em linhas de normalidade, em um modelo difícil de se quebrar.

Por isso, o direito tem um papel essencial na manutenção desse recorte, vez que ele ajudou a estatizar os mecanismos de disciplina, com o uso do poder judiciário pelo Estado, a partir dos binômios legal e ilegal, certo e errado, encarceramento e liberdade. Enfim, destaca-se que a norma tornou-se a lei mais valiosa, sendo compreendida em uma mistura de legalidade e natureza. Mas é ela a grande consequência da disciplina, pois naturaliza este modo de vida. E o governo, sobretudo a partir do neoliberalismo, ocupa-se de impedir que essa ordem seja quebrada. Por isso, pode-se considerar que é o modo de vida moderno o próprio produtor dessas desigualdades que discursa combater.

A verdade do sujeito moderno, portanto, encontra-se justamente no modelo neoliberal, com efeitos que normalizam uma dinâmica tomada por desigualdades sociais e forças lutando para se sobressaltar (LAURIS, 2015). E nessa servidão que aprisiona, frequentemente busca-se uma salvação em se criar cada vez mais leis ou medidas judiciais. Certamente, as conquistas jurídicas são essenciais dentro do cenário atual, porém, não se pode depositar o salvacionismo na “caixinha dos mais direitos”.

A questão é: como fazer com que o acesso à justiça resista a esses efeitos nefastos da vida moderna neoliberal produtora de desigualdades, já que toda a teoria aplicada a esse conceito deriva-se da Epistemologia Jurídica Moderna (ROCHA, 1998)? Diante disso, é importante que seja exposta a utopia do acesso à justiça a que nos referimos, já capturada pela estrutura de poder moderna do direito. É disso que se ocupará a seção seguinte.

2.1 Acesso à Justiça: entre utopias e heterotopias

Na construção desta pesquisa, é importante que se considere uma diferença fundamental no conceito de acesso à justiça ligado à ideia de utopia, e aquele ligado à heterotopia (FOUCAULT, 2009). No primeiro caso, considera-se que as táticas existentes de busca por justiça já se encontram capturadas pelo direito moderno. No segundo caso, tais ideias ainda não foram acopladas, mesmo que, inevitavelmente,

estejam em processo para tal.

Porém, vale referir que isso não faz do direito como utopia algo menos importante. Aliás, considera-se que as suas funções referem-se apenas a objetivos diferentes do acesso à justiça como heterotopia. Isso porque, suas práticas detêm-se no socorro imediato da população frente às violações inerentes a este sistema de justiça moderno. Assim, ocupa-se de trazer soluções imediatas a fim de mitigar o dano, que inevitavelmente já vem acontecendo nesta dinâmica social. Acabam, portanto, por conter um incêndio que já se alastrava: o incêndio das desigualdades. E mesmo que, de certa forma, garanta a estabilidade da fórmula Direito-Justiça, pois não serve para desestruturá-la, e sim, acalmar o ânimo daqueles que se opõem a ela, suas ações resguardam minimamente a proteção da população, de modo emergencial, considerando que esta realidade alarmante já é aquela vivida.

A exemplo disso, apresenta-se as ondas renovatórias de acesso à justiça (CAPPELLETTI, GARTH, 1988). A primeira delas, posicionada em 1960, buscou possibilitar a Assistência Jurídica a quem não dispunha de recursos para tal. Aqui no Brasil, a Lei 1.060/50 já tratava sobre o tema. Mas hoje, esse assunto é especialmente abordado pelo artigo 5º, inciso LXXIV, CF e artigo 134, ambos da Constituição Federal (MANCUSO, 2018).

Já a segunda onda defendia os direitos difusos e coletivos. Porém, nota-se, que os direitos tutelados nesta fase não possuíam a mesma estrutura processual que o direito individual (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Aí foi necessária a criação de procedimentos adequados, com técnicas processuais diferentes. Conforme Mancuso (2018), marcam essa onda no Brasil a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Posteriormente, Cappelletti e Garth (1988) identificaram a terceira onda, cujo conteúdo tratava sobre a reestruturação interna do processo, através de uma concepção mais ampla de Acesso à Justiça. Com isso, a advocacia, judicial ou extrajudicial, praticada por advogados particulares ou públicos, passou a ser incluída nesta mudança. Nesse sentido, o olhar voltou-se ao conjunto geral das instituições, seus mecanismos, pessoas e procedimentos. Tudo a fim de processar e prevenir conflitos.

No entanto, conforme se percebe pelas medidas trazidas por cada uma dessas ondas, as soluções encontram-se alocadas dentro do próprio direito. Isto é, já

estão acopladas a ele. Isso quer dizer que representam grandes avanços para a proteção de direitos dentro da realidade de violações modernas, mas não tentam em nenhum momento desestruturá-lo. Resolvem, assim, mesmo que minimamente, apenas os problemas inerentes às práticas do ritual de justiça moderno.

A questão é: apresentar o acesso à justiça como heterotopia não é excludente à prática da utopia. Justamente porque se compreende que seus objetivos não são os mesmos, pois a utopia aqui pretende apenas mitigar os efeitos da vida moderna. Sua importância, assim, resguarda-se à contenção de um dano emergencial. Mas quando o acesso à justiça se aloca como heterotopia, abrimos a práticas de outros espaços (FOUCAULT, 2009). Espaços de experimentações e tensionamentos desta modo de vida. Isto é, de criação de outros modos de vida diferentes deste.

Ora, o acesso à justiça como heterotopia encontra-se no exato instante anterior à captura moderna. Por isso é tão breve, passageiro. Ele pode se apresentar de várias maneiras diferentes, mas mantém a característica de ser uma prática que se funda na própria realidade. Assim, mesmo que se crie em um lugar (ainda) fora de todos os lugares, é real e localizável (FOUCAULT, 2009). Não é salvacionista, mas compreende as limitações do mundo em que se encontra inserido. Por isso, é algo fazível. Acredita-se nele por justamente refletir sobre o seio da própria sociedade em que se criou. Não diz, portanto, sobre um mundo justo e intangível a ser conquistado, no paradigma da justiça. Mas trata sobre resistências frente às forças modernas, em um lugar que só se descobre experimentando. O acesso à justiça como heterotopia é, pois, o que aparece do lado de lá do espelho, no plano virtual. E que, ao mesmo tempo, permite perceber-nos na superfície desta vida moderna:

Do lugar em que me encontro no espelho apercebo-me da ausência no lugar onde estou, uma vez que eu posso ver-me ali. A partir deste olhar dirigido a mim próprio, da base desse espaço virtual que se encontra do outro lado do espelho, volto a mim mesmo: dirijo o olhar a mim mesmo e começo a reconstituir-me a mim próprio ali onde estou. O espelho funciona como uma heterotopia neste momento: transforma este lugar, o que ocupo no momento em que me vejo no espelho, num espaço a um só tempo absolutamente real, associado a todo o espaço que o circunda, e absolutamente irreal, uma vez que para nos apercebermos desse espaço real, tem de se atravessar esse ponto virtual que está do lado de lá. (FOUCAULT, 2009, p. 415).

Ora, não há de se esperar que um ritual em específico possibilite o alcance deste espaço de igualdade e dignidade, já que a fórmula Direito-Justiça ocupa-se em

capturar todas as técnicas reformadoras em algum momento. Aliás, é justamente isto o que faz crer a utopia do acesso à justiça: a busca constante pelo paradigmático através de técnicas positivadas. Porém, conforme já apontado, é isto o que garante ao direito moderno a sua estabilidade, ocupando os reformadores destas pequenas satisfações, em técnicas socorristas.

No entanto, as resistências ao direito moderno devem ser experimentadas antes da captura, olhadas nesse instante rápido. E justamente por serem capturadas logo no momento posterior, esse processo precisa ser constante, sempre na criação de novos rituais de acesso. Pois inevitavelmente este será o seu destino: o acoplamento a este modo de vida. De alguma maneira, todos estão dentro da norma (HENNING, 2016). Mas para sabotá-lo, as invenções devem ser adequadas a cada situação concreta.

Para tal, não se demanda um ritual, mas sim, ferramentas. Uma caixa de ferramentas (FOUCAULT, 2006), que ajudarão a manejar o saber aprendido na busca pelo acesso à justiça. Assim, compreendendo-se estas questões, identifica-se o modo como a modernidade atua, agindo sobre a própria subjetividade do sujeito, que cria o senso de direito e de justiça a partir destas significações.

3. SUBJETIVIDADE E DESEJO NA CONTEMPORANEIDADE

Somos todos máquinas e isto está longe de representar uma crítica. Para funcionar, é preciso energia. E para cada órgão do corpo, para cada decisão ao longo de um dia, tudo se move a partir das forças dessa máquina. O direito, portanto, se move a partir dessas nossas máquinas, pois somos quem o traz ao plano da realidade, através de palavras-atos-pensamentos. Mas a sua força hoje se encontra diretamente ligada à máquina social, significada na modernidade. Assim, cada órgão de seu organismo apresenta uma função (DELEUZE; GUATTARI, 2010). E isto é o ritual do direito moderno.

Neste mundo, nossos desejos já se encontram organizados pela máquina social. Por essa razão, sem perceber, nossas máquinas desejanter, movidas por um inconsciente produtivo, acabam se perdendo ao ligar-se ao externo. É a subjetividade construída. Considera-se que isso é o que acontece com o acesso à justiça, que ora acopla, ora desacopla. Por exemplo, conforme apontado no tópico acima, os escritos

de Cappelletti e Garth, na década de 70, rapidamente, foram acoplados à máquina social, passando a fazer parte da fórmula Direito-Justiça, e funcionando como socorrista. Assim, então, reafirmando o modo de vida moderno, e nada diferente dele.

Nesse sentido, considera-se que as práticas de justiça tornaram-se, no momento em que foram trazidas ao plano de realidade, parte acoplada ao direito moderno, na forma de rituais pré-fabricados, já que necessariamente são adaptadas à fórmula deste ritual para, assim, conseguirem compô-lo.

Mas perde-se, com isso, as possibilidades de experimentação. Afinal, à modernidade, a ideia de imparcialidade e padronização dos atos é algo importante e liga-se diretamente ao conceito de justiça e direito, o que contradiz a própria ideia de subjetividade. Inclusive, frequentemente, esse padrão acaba funcionando como algo mais importante a esse saber-poder do que a própria satisfação das partes envolvidas no litígio (ROULAND, 2003).

O jurista, portanto, funciona como máquina social, pois na profissão não resta espaço para a criação e desejos. Com isso, certamente por falta de treino, perde a sensibilidade na escuta do outro a quem trabalha para assegurar o acesso à justiça. Sem perceber, então, faz o movimento contrário, delimitando ainda mais o distanciamento entre os rituais da Epistemologia Jurídica Moderna e as próprias pessoas as quais ele atinge.

A subjetividade criadora perde espaço nesse contexto. Ao invés disso, há o assujeitamento, postura interessante à própria manutenção do poder (FOUCAULT, 2013). Preso, então, aos rituais socorristas, o jurista compreende o ofício como a busca constante por um espaço utópico de justiça. Mas desconhece suas potencialidades, a serem exploradas a partir do cuidado de si (FOUCAULT, 2010).

Isto é, nas práticas atuais, não há espaço para a ética do cuidado, compreensão que possibilitaria a cada um, em reflexões sobre suas ações no mundo, realizar práticas de justiça de dentro para fora, cavando sobre a própria estrutura do direito. É conhecer a si a ponto de identificar quais subjetividades são criadoras, perguntando *o que é isso que deseja em mim?* A partir disso, compreender quais forças lhe compõe naquele instante, construindo subjetividade fabricada. E isto é um pensar em heterotopia, criando outros espaços.

Assim, as reflexões sobre o acesso à justiça ultrapassariam a própria identidade de jurista, alcançando também um modo de vida ético, que se realiza a cada ação do dia a dia. Já que a promoção do acesso à justiça não se encontra restrita à produção do próprio direito. Afinal, é possível se promover acesso à justiça em qualquer outra profissão, por exemplo, desde que se mantenha uma ideia de alteridade em mente. A busca por igualdade e dignidade (WARAT, 2010), portanto, não é algo acadêmico. Menos ainda é uma busca restrita ao campo do direito. É, ao invés disso, um modo de vida ético que se adota.

“A ética em Foucault, portanto, é o domínio de um exercício da autonomia na relação com o outro e com o mundo, o domínio de uma crítica permanente visando assegurar o exercício contínuo da liberdade.” (FONSECA, 2012, p. 273). É preocupar-se com cada decisão que se toma, sob o olhar do cuidado. E, ainda, pensar na construção de cada desejo que se exterioriza no modo como se vive e cria a realidade.

Compreender essas questões implica em se deslocar o estudo das ondas renovatórias do acesso à justiça para focar na formação do jurista (ECONOMIDES, 1999), não só como advogado, mas como ser no mundo. Assim, o estudo sobre as relações através da ética do cuidado torna a busca ainda mais efetiva, pois não se pensa em rituais específicos e nomeados com técnicas procedimentais, por julgar esses os mais facilmente acoplados pelo saber moderno. Mas se o exercício é ético, ele se renova a todo instante, em cada ação, no momento em que se questiona sobre a prática de justiça escolhida para aquela situação. Por isso, compreende-se o cuidado como uma “espécie de entroncamento de comportamentos práticos e teóricos, revitalização da prática filosófica que remete a “educação para a política” a certas “relações de si para consigo”” (MEDEIROS, 2017, p. 134).

Para tal, é necessário que se carreguem ferramentas para lidar com a vida cotidiana, que vão variar a cada subjetividade. Ferramentas como princípios, que baseiam a tomada de decisão nesta busca, que vão se encontrar justamente no campo dos desejos. Para muitos filósofos, como Platão, ao desejo estaria reservado o espaço do mundo das ideias. Um desejo platônico ou psicanalítico, por exemplo, cria fantasmas, outras realidades, na forma de um paraíso que nunca será alcançado. E isso coincide com as significações de utopia, que cria um mundo estático de obje-

tos verdadeiros. Sobre isso se alimenta o saber moderno. Porém, o desejo, dentro das construções de heterotopia, deve ser compreendido como produção (DELEUZE; GUATTARI, 2010), e não como a falta de algo. Afinal, o desejo existe quando nos encontramos tomados por alguma coisa. Então, os juristas desejam o direito que hoje vivem e o criam no real, pois o desejo apresenta-se nessas próprias criações.

Deste modo, não se pode considerar o desejo algo particular. Ele não está em mim, mas atualmente é produzido dentro das máquinas sociais. Mas *quem em mim deseja isso?* Trazendo para o plano da vida cotidiana de um advogado: quando atendo um cliente ou quando elaboro uma petição, faço isso a partir de quais forças? O que em mim deseja cumprir esse papel, seguindo este ritual (CHASE, 2014)? A produção de realidade do jurista parte de subjetividades produzidas, que abdicam de vontades de potência (NIETZSCHE, 2011). É a Epistemologia Jurídica Moderna, nor-teando um modo de vida tomado de forças molares, duras, institucionais (DELEUZE; GUATTAR, 2010).

A questão é que para se questionar a produção de realidade no plano da direito, é preciso primeiramente ser contemporâneo ao seu tempo, entendendo as linhas de força que atravessam o meu desejo naquele instante, em se produzem os rituais aprendidos. Agamben (2009) afirma que a vida do contemporâneo é conseguir enxergar no escuro no presente um tempo infinitamente distante do nosso e, assim, compreender suas implicações que não nos alcançam. Trata-se de entender as forças que hoje são exercidas ou que, em algum momento, exerceram influência sobre a dinâmica social pensada. Isso porque, mesmo assim, elas permanecem como parte desse universo em constante expansão.

Assim, observa-se a escuridão na qual se vive, com suas estruturas desiguais, suas dinâmicas sociais e institucionais, e mesmo assim, compreende-se que ela é capaz de mostrar todos os acontecimentos que um dia constituíram até que se chegasse a este ponto. Mas essas informações do passado e do presente correm em uma velocidade tão rápida que nem a luz é capaz de acompanhá-la e nos alcançar. Por isso não enxergamos concretamente, mas sentimos a sua existência. Então, “Aquilo que percebemos como o escuro do céu é essa luz que viaja velocíssima até nós e, no entanto, não pode nos alcançar, porque as galáxias das quais provém se distanciam a uma velocidade superior àquela da luz” (AGAMBEN, 2009, p. 65). Esta

é a vida do contemporâneo, olhar para o escuro do presente sem deixar-se cegar por tudo o que já se passou e constituiu.

Portanto, a partir do pensamento contemporâneo, questiona-se, já com uma compreensão suficiente sobre as relações no mundo: como criar para nós outros usos para o acesso à justiça?

3.1 Como criar para si um direito sem órgãos?

Lauris (2015, p. 9) aponta que “a estrutura é simultaneamente um problema e uma solução”. E, talvez, essa seja a compreensão mais acertada sobre heterotopia em Foucault, já que ela se funda justamente no interior dessas práticas institucionais, existentes na realidade moderna vivida. É isto o que lhe diferencia do pensamento utópico, que almeja um espaço perfeito jamais alcançável. Parte-se, então, desse espaço do direito para se engendrar estratégias de experimentação, usando as lentes da ética do cuidado.

E sendo contemporâneos ao nosso tempo, não há de se negar as influências das forças modernas sobre o nosso corpo. A questão é que, conscientes delas, deve-se buscar a resistência em práticas cotidianas e pontuais, que sempre se reinventam. Para isso, não há nenhuma fórmula, mas sim, processos de produção. Isto é, um desejo pelo inesperado, que cria ações junto ao outro a quem se destinam as práticas jurídicas. Por isso, considera-se que na criação desse modo de vida ético, é preciso que se utilizem ferramentas (FOUCAULT, 2006), a partir do cuidado de si. São elas estratégias que nos possibilitam compreender a ação das forças sobre os corpos.

Trata-se de uma caixa de ferramentas de onde se pode retirar conceitos para auxiliar nessa busca constante (FOUCAULT, 2006). E é isso que faz bagunçar a ideia de organismo nas práticas de justiça, desordenando, mesmo que parcialmente, as significações do discurso instituído. São pensamentos que questionam o modo de vida normalizado, que se costuma viver sem perceber. Então, criar para si um direito sem órgãos remete diretamente a ideia de práticas de si: conhecer o que é isso que deseja em mim e reinventar a minha criação de mundo na busca pela efetividade da justiça. O que implica necessariamente em estar consciente das forças e do contexto no qual as palavras modernas vêm.

Por isso, a imagem do estrato, trazida por Deleuze e Guattari (2012) é algo interessante a se pensar, já que o direito moderno, como uma calcificação, impede a passagem do desejo. Assim, sobre sua superfície, a vida acaba por perder sua força criadora e o biopoder organiza (FOUCAULT, 2008) os órgãos do corpo.

Deste modo, um saber significado sob os princípios liberais e neoliberais busca, a todo custo, extrair o máximo de trabalho e lucro de um corpo. E para isso, funciona como organismo, com funções, princípios e metas. Resta dificultosa, então, a capacidade de liberar os desejos escondidos abaixo do estrato (DELEUZE; GUATTARI, 2012).

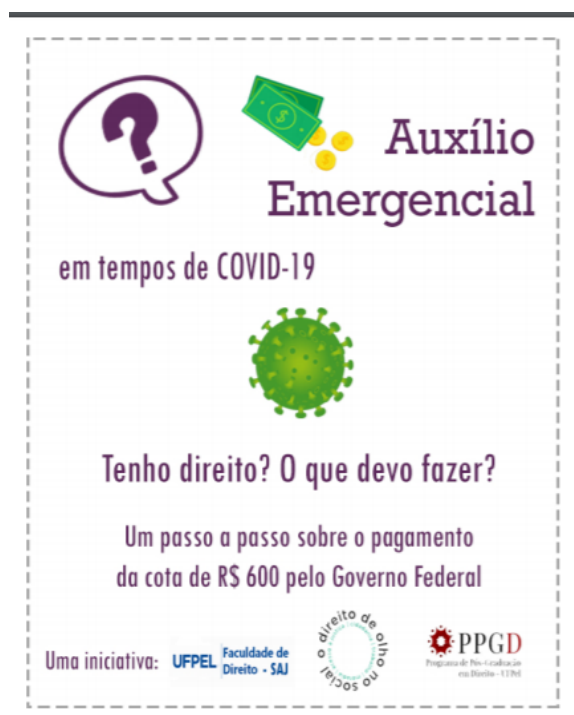
O que aqui se expõe é que, em nenhum momento pretende-se condenar as subjetividades construídas sobre essa dinâmica de vida, considerando que, por hora, se negarmos este modo de vida por completo, possivelmente não sobreviveríamos. Mas criar um direito sem órgãos cada um para si implica em práticas cotidianas de acesso à justiça, a partir de um modo de vida ética, mesmo que ainda se cumpra a função de advogado, estudante, trabalhador nesse contexto. Não se pode, afinal, viver-se na utopia dessas ideias, já que esse é o mínimo de sedimento que se pode subtrair para nos manter vivos.

Então, um corpo sem órgãos não condena os órgãos do corpo à morte. Mas declara guerra à organização que estrutura uma finalidade a esse corpo. O que é importante se chamar a atenção é que isso será diferente para cada pessoa, pois “Todas as entradas são boas, desde que as saídas sejam múltiplas” (ROLNIK, 2006, p. 65).

Porém, o ato de experimentar deve ser feito com cuidado, já que, a depender da intensidade, pode resultar em um Corpo sem Órgãos vazio (DELEUZE; GUATTARI, 2012), que é aquele suicida, que se desliga completamente da vida deste mundo e enlouquece. Ou, por outro lado, também pode cair em um Corpo sem Órgãos canceroso (DELEUZE; GUATTARI, 2012), que após experimentar, sedimenta demais, com muita força, dando espaço ao comportamento fascista. Então, trata-se de um equilíbrio: pretende-se viver uma vida. E mais do que isso, uma vida não fascista. Por tal razão, cria-se um Corpo sem Órgãos pleno (DELEUZE; GUATTARI, 2012), que experimenta com prudência.

Para ilustrar tal questão, apresenta-se o desenvolvimento da experimentação a seguir, realizada como resultado deste estudo. Trata-se da ideia de se trabalhar com linguagem e imagem, questões fundamentalmente ligadas ao desejo desta autora, e acabou por redescobrir, através do cuidado de si, essas ferramentas como meio a se promover o acesso à justiça. Assim, a cartilha tratando sobre o auxílio emergencial foi criada em março deste ano, dentro do projeto Direito de Olho no Social⁵:

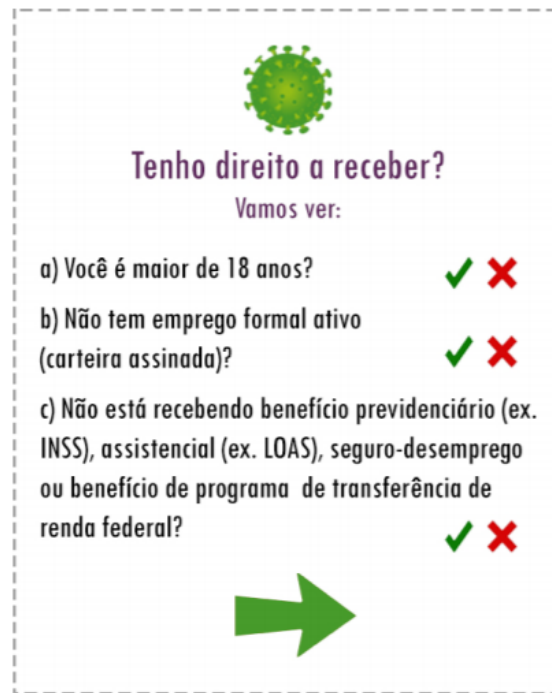
Figura 1 - Cartilha do Auxílio Emergencial



Fonte: imagem elaborada pela pesquisadora (2020).

Assim, divulgada por meios digitais, trata-se de um material que, apesar de se encontrar inserido no contexto do direito, ainda assim, realiza furos no sedimento, trazendo o conhecimento jurídico a partir de uma linguagem acessível e imagens didáticas. No material, oportunamente apresentado no período do início do cadastro para o auxílio emergencial do governo federal, expõem-se os funcionamentos do benefício, os requisitos e o passo a passo para realizar a inscrição. É o que, exemplificativamente, apresenta-se na imagem abaixo:

Figura 1 - Cartilha do Auxílio Emergencial



Fonte: imagem elaborada pela pesquisadora (2020).

Portanto, esta pesquisa pretende apresentar ao jurista uma caixa de ferramentas, que contenha estratégias para se pensar no que se pode compreender como acesso à justiça. Desloca-se, assim, o entendimento já significado no seio do direito moderno, e propõe utilizar-se em cada ação uma postura ética, através da ética do cuidado.

Vale referir, por fim, que se reconhece aqui o fato de atualmente passarmos por um período político instável para se fazer qualquer tipo de crítica à construção da ciência moderna. Isto porque, frente ao projeto de desmonte proposital, vive-se sob o substrato de um governo calcificado demais, resultado de uma doença conhecida por um Corpo sem Órgãos cancerosa, que de tanto endurecer, produziu a si uma vida fascista⁶ (DELEUZE; GUATTARI, 2010). E isso nos afasta até mesmo deste mínimo a que se critica.

Daí porque, afirma-se que partimos da crença sobre este mínimo, qual seja, a ciência e o ensino sobre direito, diante dos quais a presente pesquisa defende a necessidade de uma revisão de paradigma deste modo de vida desigual. Caso con-

6 Jair Bolsonaro, atual presidente do Brasil, é uma figura que expõe posicionamentos fascistas de governo, em atos discriminatórios, genocidas e discursos favoráveis ao cruel e anti-democrático período ditatorial. Para mais informações, acessar: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/06/politica/1538859277_033603.html e <https://revistacult.uol.com.br/home/bolsonaro-ustra-e-a-naturalizacao-da-barbarie/>.

trário, “todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões” (SILVA, 2007, p. 219), como desigualdades em constante reconstrução sobre os fundamentos do próprio direito moderno.

CONCLUSÕES

Ao longo desta pesquisa, desenvolveu-se um estudo com vistas a compreender a subjetividade do sujeito moderno e as suas influências na prática de acesso à justiça na contemporaneidade. Assim, diante dos conceitos expostos, é possível se afirmar que o Direito e a Justiça significados na modernidade reafirmam as desigualdades produzidas pelo modo de vida moderno. Por isso, as estratégias de justiça acopladas a ele, isto é, a busca pela justiça como lugar utópico, incorporada ao direito na prática da advocacia, implica em aceitar que apenas se atua como socorrista, amenizando apenas as desigualdades já existentes.

Mas pensar em acesso à justiça como heterotopia realoca essa significação, pois identifica essas forças que compõem subjetividades fabricadas e atua justamente no momento anterior da captura da estratégia de acesso à justiça. Isso quer dizer que, antes de tornar-se parte do Direito e da Justiça significados pela modernidade, as ações que visam criar para si um acesso à justiça efetivo, por ferramentas descobertas através da ética do cuidado, conseguem provocar pequenos furos no sedimento, como um Corpo sem Órgãos pleno. E isso é criar para si um direito sem órgãos, focar no cuidado de si e compreender as potencialidades existentes no desejo de cada um, aplicando-o como modo de vida ético. É, assim, muito mais uma prática cotidiana do que propriamente uma ação jurídica, pois o acesso à justiça não se restringe ao campo do conhecimento do direito.

Inclusive, conclui-se que justamente é o próprio direito, com seus princípios modernos, quem produz essas desigualdades e afasta-se ainda mais da ideia de acesso à justiça efetivo que se tem. Por isso, como resultado da discussão, o caso concreto da produção de uma cartilha para a população foi trazida, de modo a expor as múltiplas possibilidades de se amenizar os efeitos da vida moderna em sociedade.

Trata-se, portanto, de uma prática de alteridade que mira, sobretudo, aquele a quem se destina o direito, de modo a escolher-lhe lançar as melhores ações concretas, a partir do desejo que se consegue liberar pelo pouco estrado rompido naquele

instante. Instante precioso, que mesmo que rápido - pois anterior à captura - representa as resistências possíveis aos juristas, em um modo de vida ético.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que é o contemporâneo? e outros ensaios**. Trad. Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos 2009.

ALVES, Luiz Filipe Araújo. **Por uma Genealogia da Justiça Trágica: O Direito e a Justiça na Idade Trágica dos Gregos a partir do Perspectivismo de Friedrich Nietzsche**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHASE, Oscar. **Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada**. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs: capitalismo e esquizofrenia 2**. Rio de Janeiro: Ed. 34, vol. 3, 2012.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O Anti-Édipo: Capitalismo e Esquizofrenia**. Trad. Luiz B. L. Orlandi. Rio de Janeiro: Editora 34, 2010.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “Movimento de Acesso à Justiça”: epistemologia versus metodologia? *In*: PANDOLFI, Dulce Chaves (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999, p. 55-76.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A hermenêutica do sujeito**. Trad. Márcio Alves da Fonseca. 3a ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Estética: literatura e pintura, música e cinema**. Org. Manoel Barros da Motta. Trad. Inês Autran Dourado Barbosa. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Gerir os ilegalismos**. *In*: _____. Michel Foucault: entrevistas a Roger Pol-Droit. São Paulo: Graal, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território e População**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramallete. 41a ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.

HENNING, Ana Clara Correa. **Relações jurídicas de uso e apropriação territorial em comunidades quilombolas brasileiras**: embates de poder e decolonialismo jurídico sob lentes etnográficas e etnodocumentárias. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2016.

LAURIS, Élida. Para uma concepção pós-colonial do direito de acesso à justiça. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 6, n. 1, p. 5-25, nov. 2015.

MEDEIROS, Claudio Vinícius Felix. **Foucault e Heidegger**: mestres do cuidado. Pelotas: Dissertatio, 2017, p. 131-148.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

ROLNIK, Suely. **Cartografia Sentimental** - Transformações contemporâneas do desejo. Porto Alegre: Sulina, 2006.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, Ovídio Batista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forence, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **A rua grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

O DIREITO SOCIAL DE PROTEÇÃO À MATERNIDADE EM RELAÇÃO ÀS MÃES PRIVADAS DE LIBERDADE NO SUL DO RIO GRANDE DO SUL

*The social right to protect motherhood in relation to women deprived of liberty
in the South of Rio Grande do Sul*

Rafaela Peres Castanho⁷

⁷ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. E-mail: rafapcastanho@hotmail.com

RESUMO: O presente artigo tem como tema o direito social de proteção à maternidade, delimitando-se, sobre o aspecto territorial, ao Sul do Rio Grande do Sul e, dentro de uma perspectiva temporal, especialmente durante o primeiro ano da pandemia causada pelo coronavírus. O assunto se justifica tanto pela relevância de estudar o grupo social das mulheres presas que são mães, quanto pela originalidade e atualidade do tema. O artigo parte da premissa de que o direito social de proteção à maternidade é, diariamente, violado no âmbito do encarceramento de mulheres que são mães. Além disso, pressupõe-se que a pandemia do COVID-19 agravou a situação carcerária desse grupo e, desde o início de 2020, vem intensificando o sofrimento diário dessas presas. Para tanto o artigo propõe, num primeiro momento, fazer um apanhado de legislações e normas constitucionais e infraconstitucionais, tanto internacionais, quanto nacionais, para que se possa compreender quais prerrogativas e garantias estão contempladas no direito social de proteção à maternidade dentro de uma perspectiva prisional. Em sequência, serão analisados tanto o perfil da mulher privada de liberdade, quanto as condições estruturais das penitenciárias em que esse grupo está alocado. Por fim, sob o contexto da pandemia do coronavírus, serão observadas e estudadas medidas adotadas no Brasil e, em especial, no Sul do Rio Grande do Sul, além de dados sobre mortes e testagens de presos, a fim de verificar o impacto do COVID-19 em relação a esse grupo específico. Foi utilizado o método dedutivo, partindo-se de uma premissa maior (população prisional feminina) para uma premissa particular (população prisional feminina grávida ou com filhos dentro das prisões brasileiras). A pesquisa tem caráter qualitativo, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Mulheres Privadas de Liberdade, Contexto Prisional, Direito Social de Proteção à Maternidade, COVID-19, Sul do Rio Grande do Sul.

ABSTRACT: The theme of the present article is the social right to protection motherhood, with a territorial delimitation, the South of Rio Grande do Sul, and from the perspective of the coronavirus pandemic. The study is justified to the relevance of studying a particular social group, as well as by the originality of the theme. The article starts from the premise that the social right to protect motherhood is, daily, violated in

the context of the incarceration of women who are mothers. Besides that, it is assumed the COVID-19 has been aggravating the situation to these women. At first, the study seeks to take a look at laws and norms, both international and national, which can understand what contemplates the social right to protection motherhood within a prison perspective. In sequence, will be analyzed both the profile of women deprived of liberty and the conditions of the prison that determined group are allocated. Finally, under the context of the COVID-19 pandemic, will be observed and studied measures adopted in Brazil and, especially in the South of Rio Grande do Sul, in addition to data on deaths and testing of prisoners, in order to verify the impact of coronavirus in relation to this specific group. For the research, the deductive method was used, starting from a larger premise (female prison population) to a particular premise (female prison population pregnant or with children inside Brazilian prisons). The research has a qualitative character, using bibliographic and documentary research.

Keywords: Women Deprived of Liberty, Prison Context, Social Right to Protection Motherhood, COVID-19, South of Rio Grande do Sul.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema o impacto da pandemia do coronavírus em relação às mulheres que são mães e se encontram cumprindo pena privativa de liberdade, delimitando-se à região Sul do Rio Grande do Sul, em particular às mulheres que provêm dos municípios que compõem a 5ª Delegacia Penitenciária Regional, quais sejam, Pelotas, Rio Grande, Camaquã, Jaguarão e Santa Vitória do Palmar.

Assim, o objetivo geral é estudar o grau de (não) violação do direito social de proteção à maternidade no âmbito do encarceramento de mulheres gestantes e mães. Em decorrência da pandemia e da rápida proliferação do vírus, especialmente em estabelecimentos com pouca ventilação e aglomeração de pessoas, como é o caso das prisões, se mostra necessário analisar o quanto essa situação impactou na vida das mulheres presas e na garantia do direito objeto deste artigo.

Mas, sob uma perspectiva criminal, o que o direito social de proteção à maternidade abrange? Para que se possa responder ao questionamento, serão analisados

artigos e normas, tanto internacionais, quanto nacionais – a fim de interpretar quais garantias estão contempladas. Após, no segundo capítulo, serão divulgados dados e informações para que se possa analisar o perfil da mulher privada de liberdade e a realidade fática e social a que estão submetidas dentro das penitenciárias. Os dados serão à nível nacional e regional, a fim de que a limitação do tema seja respeitada.

Posteriormente, no terceiro e último capítulo, o estudo se dará especificamente sobre o coronavírus e o seu impacto nas prisões. Dados sobre testagens e mortes de presos e presas serão expostos, bem como experiências de enfrentamento e notícias atuais, especialmente em relação às penitenciárias da 5ª Delegacia Penitenciária Regional. Ao final deste capítulo, pretende-se refletir se a pandemia do COVID-19 teve alguma influência na violação do direito social de proteção à maternidade.

1. O direito social de proteção à maternidade dentro de uma perspectiva criminal

Inicialmente, necessário que se faça uma breve abordagem sobre o direito de proteção à maternidade, quais prerrogativas estão contempladas dentro de uma perspectiva criminal e onde essas normas encontram previsão legal.

O sistema normativo brasileiro que protege a mulher que é mãe e que vem a ter a sua liberdade privada é amplo. É possível encontrar esses dispositivos tanto em legislações internacionais, em tratados ratificados pelo Brasil – especialmente após a Constituição Federal de 1988 –, quanto no sistema normativo nacional.

No âmbito internacional, destacam-se as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, popularmente conhecidas como Regras de Mandela, que têm como objetivo estabelecer práticas e costumes adequados ao tratamento de presos e presas (BRASIL, 2016a). Dentre essas regras, ênfase se dá para as de números 28 e 29 que tratam, respectivamente, sobre a necessidade dos estabelecimentos prisionais conterem instalações especiais para mulheres grávidas e parturientes, e também para abrigar as crianças – com salas especiais, equipe qualificada e serviços de saúde pediátricos. Ademais, a decisão sobre a criança permanecer dentro do ambiente prisional com sua mãe deve sempre ser fundamentada no seu melhor interesse (BRASIL, 2016a).

Outro exemplo são as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok. De modo especial, no capítulo correspondente às regras 48 a 52, há previsão para o tratamento de mulheres gestantes, lactantes ou com filhos dentro das penitenciárias. Nessas regras, há a clara exposição de que as mulheres que se enquadram nessas condições merecem tratamento qualificado e específico, atento às particularidades de suas condições. Desde alimentação e acompanhamento nutricional, até celas adequadas para práticas de exercícios e amamentação e, inclusive, o direito de ter acesso à programas para conviver com os filhos o máximo de tempo possível – estejam eles dentro ou fora das unidades prisionais (BRASIL, 2016b).

Já no Brasil, o direito de proteção à maternidade está garantido no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 2020a), tendo, por isso, *status* de direito social – ou seja, um direito que deve ser assegurado e garantido a todas as mulheres, independente de quaisquer circunstâncias. Além disso, a maternidade dentro do cárcere encontra prerrogativas e proteção em outras leis, infraconstitucionais, como no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

O Código de Processo Penal, em especial em seu artigo 318-A, enuncia a possibilidade de substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar (BRASIL, 2019a) no caso de mulheres gestantes ou mães de crianças com até doze anos. Sobre essas mesmas condições, a Lei de Execução Penal garante, no parágrafo terceiro do artigo 112, uma progressão especial de regime (BRASIL, 2019b). Ambas previsões objetivam garantir o máximo de convivência e contato da mãe com sua prole, a fim de que as crianças sofram minimamente as consequências do encarceramento de suas figuras maternas.

Por essas normas, compreende-se que o direito social de proteção à maternidade abrange, dentro de uma perspectiva criminal, inúmeras prerrogativas. São contemplados desde uma infraestrutura adequada das penitenciárias, até tratamento médico e programas de acompanhamento às mães e seus filhos e, inclusive, normas processuais que garantem que a mulher possa acompanhar o desenvolvimento do seu filho em liberdade ou esteja submetida à regras de progressão de pena mais benéfica para tal.

2. A realidade do sistema prisional brasileiro: perfil das mulheres encarceradas, a infraestrutura das penitenciárias e o respeito ao direito de proteção à maternidade

Dessa forma, após analisar e entender o que está contemplado no direito social objeto da pesquisa, far-se-á, agora, a exposição de dados retirados do *site* do Levantamento de Informações Penitenciárias Nacional, do período entre julho a dezembro de 2019 (BRASIL, 2020b), e do *site* da Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul, com informações atualizadas até outubro de 2020 (SUSEPE, 2020a).

O dado mais recente é de que há no país mais de 37 mil e 200 mulheres presas. Mulheres sobretudo jovens, de 18 a 29 anos, pardas, com baixa escolaridade e baixa renda e mais da metade delas encarcerada pelo tipo penal relacionado às drogas (BRASIL, 2020b).

Aqui, cabe uma importante consideração. As mulheres, dentro do mundo das drogas, ocupam posições de baixa hierarquia, geralmente embalando as substâncias e transportando a droga de um ponto a outro ou, até mesmo, para dentro das penitenciárias masculinas (RAMOS, 2012). Assim, ficam mais suscetíveis à apreensão policial – em que esta, conforme os dados demonstram, é como se fosse uma articulação entre raça, gênero, classe e território, onde jovens e mulheres são “inevitavelmente sentenças raciais de mortes deflagradas pela suposta guerra às drogas” (AKOTIRENE, 2019, p. 36).

Superada essa questão, debruça-se agora sobre o ponto específico da maternidade. Dentre as mais de 37 mil mulheres presas, 225 são lactantes, 276 gestantes ou parturientes e há, dentro do sistema prisional, 1.446 crianças, filhas e filhos dessas presas. A faixa etária desses infantes varia, mas a grande maioria, cerca de 44%, possui mais de três anos (BRASIL, 2020b) – portanto, crianças que já possuem capacidade de compreender o que acontece à sua volta.

No Rio Grande do Sul, as mulheres provenientes dos municípios que compõem a 5ª Delegacia Penitenciária Regional totalizavam, no início do mês de outubro de 2020, 101 presas (48 provenientes de Pelotas, 21 de Rio Grande, 15 de Camaquã, 13 de Jaguarão e 2 de Santa Vitória), entretanto, não se tem informações de quantas delas possuem filhos (SUSEPE, 2020a).

O que se sabe é que no Estado gaúcho, no mesmo mês referido, as mulheres encarceradas ultrapassavam 2 mil e 100 – número que, se comparado ao mês de julho do mesmo ano, vem crescendo de forma gradativa, mesmo durante a pandemia do coronavírus – e, aproximadamente, 80% delas possuem filhos (SUSEPE, 2020a). Entretanto, ao analisar o Levantamento Nacional, os dados são de que dentro das prisões gaúchas há 16 presas lactantes, 9 gestantes e apenas 20 filhos.

Ou seja, de 2.101 mulheres, 1.680 delas possuem, ao menos, um filho e há, dentro das prisões gaúchas, 20 filhos de presas. Por essa comparação, pode-se observar a grande ruptura de laços materno-afetivos existente em decorrência do cárcere.

Outro dado que deve ser levado em consideração é de que 80% dessas mulheres que se encontram encarceradas são responsáveis pelo sustento da casa e dos filhos (BRASIL, 2017) e, portanto, em decorrência do aprisionamento, causa-se uma desestruturação familiar e a perda da figura materna e da representação de família aos filhos.

Passando para os dados referentes à estrutura das penitenciárias brasileiras e da situação prisional, estima-se que, segundo (BRASIL, 2020b), atualmente, exista um *déficit* de vagas superior a 300 mil. Além disso, estimava-se que, até dezembro de 2019, 12,61% de toda a população carcerária (considerando homens e mulheres) estava alocada em estabelecimentos penais mistos e que somente 3,79% em estabelecimentos femininos, taxa que correspondente, a 28.374 mulheres.

Observa-se, através desses dados, que, além da grave questão da superlotação que acomete o sistema prisional brasileiro como um todo e da falta de convivência das mães presas com seus filhos, aproximadamente 10 mil mulheres estão cumprindo pena privativa de liberdade em estabelecimentos penais considerados mistos.

Vale destacar que esses estabelecimentos mistos tiveram, via de regra, uma destinação originária masculina e, pelo grande aumento da taxa de encarceramento feminino, se teve a necessidade de destinar parte dessas prisões para abrigar presas mulheres. Esse dado revela a violência e o desrespeito aos direitos humanos das mulheres dentro das unidades prisionais, uma vez que, por terem necessidades específicas, não podem ser submetidas ao mesmo tratamento que a população masculina (BORGES, 2019).

Outro ponto que merece destaque – tendo em vista a menção já feita ao Código de Processo Penal que prevê a possibilidade da substituição de prisão preventiva por domiciliar para gestantes ou mães de crianças até doze anos – é de que, atualmente, o número de presos provisórios no país beira os 230 mil (BRASIL, 2020b). Infelizmente, não se tem a taxa correspondente apenas à população feminina, mas se estima que são, aproximadamente, 3 mil mulheres cumprindo pena sem condenação (THE INTERCEPT, 2020). Portanto, por mais que seja um direito previsto à mulher gestante e mãe, tal prerrogativa não é assegurada à essas mulheres. Um fundamento que se levanta, capaz de justificar o impedimento dessas mães presas voltarem para casa, é a quebra do estigma social atribuído a elas. Assim, mulheres mães que são presas sofrem uma dupla punição e uma dupla invisibilidade dentro do cárcere (BORGES, 2019).

Pelos dados demonstrados, deve-se quebrar a naturalização à maternidade e a premissa de que é um direito assegurado de forma plena à todas as mulheres. Pois, infelizmente, o direito social de proteção à maternidade não é garantido universalmente, tampouco reconhecido e respeitado, de forma satisfatória, em todos os âmbitos sociais – conforme bem demonstram os dados do sistema prisional já apresentados.

Devido à delimitação do tema, ressalta-se a questão vivenciada especialmente pelo estado do Rio Grande do Sul, em que a grande maioria das mães que cumprem pena nas penitenciárias gaúchas sequer tem o direito à convivência com seus filhos (SUSEPE, 2020a).

Dessa forma, necessário que se tenha um viés crítico sobre a aplicabilidade dos direitos humanos e sociais, garantidos e previstos no amplo sistema normativo mencionado. É necessário observar as especificidades e peculiaridades dos sujeitos de direitos, a fim de que o direito positivo contemple essas desigualdades e se pautem no tratamento efetivo em caso de violações (PIOVESAN, 2012).

Sobretudo em relação à mulher mãe encarcerada, sujeitos da presente pesquisa, esse olhar e essa luta por reconhecimento necessitam de uma ruptura de paradigma. Para compreender que essas mulheres possuem os mesmos direitos que o restante da população, é necessário “acender as luzes que iluminam os caminhos” (FLORES, 2009, p. 204). Além disso, é direito da mulher mãe que ingressa no siste-

ma prisional ter conhecimento sobre os seus direitos, as suas garantias, algo que é seu e de sua família: o direito de ser mãe, de exercer a maternidade, de ter convivência com os filhos, de amamentar, cuidar, proteger, amar.

Assim, um primeiro passo para mudar esse cenário de desigualdades é a necessidade de um olhar voltado ao outro, às necessidades dessas mulheres e dos seus filhos, a fim de observar se o direito social do amar, do proteger, do maternar é respeitado ou violado. Pois, somente quando se destina o olhar às mais diversas realidades sociais e às especificidades de cada sujeito de direito, será possível avançarmos enquanto sociedade (PIOVESAN, 2012).

3. IMPACTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS EM RELAÇÃO ÀS MÃES PRESAS

Conforme observado no capítulo anterior, a situação prisional feminina é delicada, em especial pelo encarceramento em massa dos últimos anos. Foi constatado que o direito social de proteção à maternidade é, diariamente, violado no âmbito do aprisionamento de mulheres gestantes e mães. Mas qual foi o impacto causado pela pandemia do coronavírus nesses ambientes? É esse questionamento que será discutido ao longo do presente capítulo.

Além do artigo do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal que preveem, respectivamente, a possibilidade de cumprimento de pena em prisão domiciliar e a progressão especial de regime para mulheres que são mães, em fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu *habeas corpus* coletivo às presas enquadradas nessas mesmas condições (BRASIL, 2018).

Entretanto, dois anos depois da decisão do STF, em 468 decisões de ministros do Supremo em ações relacionadas a esse direito, apenas 15,5% das mulheres foram liberadas para a prisão domiciliar (THE INTERCEPT, 2020). Fato que demonstra enorme violação a uma garantia já prevista e a dificuldade do próprio Tribunal em cumprir com a sua determinação.

Ademais, com a instauração da situação pandêmica causada pelo coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça lançou a Recomendação nº 62 (BRASIL, 2020e), cujo objetivo era promover a reavaliação das prisões provisórias – que, conforme dito

é a situação de, aproximadamente, 3 mil mulheres (THE INTERCEPT, 2020) – e da concessão de saídas antecipadas aos presos que se enquadram nos grupos de risco, como é o caso das gestantes e mães.

A importância da liberação se dá por conta da rápida proliferação do vírus, ainda mais em ambientes fechados, com pouca ventilação e incapacidade de se cumprir as regras de distanciamento social, ao exemplo das prisões brasileiras superlotadas. Além disso, dentro desses espaços não há, sequer, “ventilação adequada, acesso à água para a realização da limpeza pessoal e dos espaços, distribuição de itens básicos de higiene, suporte de medicamentos, nem alimentação nutricional adequada” (BRASIL, 2020c, p. 03), acarretando em um ambiente favorável à proliferação não só do COVID-19, como de outras doenças virais. Ademais, esses fatores contribuem tanto para o aumento da quantidade de pessoas no chamado grupo de risco, quanto para o aumento da taxa de letalidade dentro do ambiente carcerário pelo coronavírus – que é cinco vezes maior se comparada à da sociedade em geral (PAULUZE, 2020).

Porém, conforme notícia de agosto do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal negou mais de 80% das ações que tiveram como fundamento tal Recomendação (JOTA, 2020), mantendo, inclusive, gestantes, mães e crianças dentro do sistema prisional, expostas ao iminente contágio com o vírus.

Além do perigo de contágio, há ainda que se falar na situação das presas mães, com filhos fora do ambiente prisional que, pela suspensão das visitas, tiveram o contato rompido. A perda do contato físico e a impossibilidade do contato virtual ou telefônico gera a ruptura de muitos laços afetivos e é causa de um demasiado sofrimento nas famílias das apenadas que, em muitos casos, sequer sabem se ainda estão vivas.

Após sete meses de suspensão das visitas, no Estado do Rio Grande do Sul, especialmente na 5ª DPR, as visitas foram retomadas na segunda quinzena do mês de outubro nas penitenciárias de Canguçu, Jaguarão e Camaquã (SUSEPE, 2020b). As demais continuam com as visitas interrompidas por prazo indeterminado.

Em tempo, se mostra importante divulgar dados referentes à situação da testagem e contaminação dos presos pelo COVID-19, além das medidas que foram tomadas em âmbito regional.

Referente à testagem dos presos, o Departamento Penitenciário Nacional divulgou que, em 22 de outubro de 2020, havia no Brasil mais de 122 mil testes realizados, 6 mil casos suspeitos, aproximadamente 32 mil casos confirmados e 121 óbitos dentro das prisões (BRASIL, 2020d). Entretanto, esses dados revelam a ínfima quantidade de testes realizados no ambiente carcerário, que compreende não só os presos, como os profissionais de saúde e agentes penitenciários. Assim, 122 mil testes representam aproximadamente 16% da população carcerária brasileira.

Já referente ao Rio Grande do Sul, havia, na mesma data, 1.496 casos confirmados, 33 suspeitas e 8 óbitos (BRASIL, 2020d), sem informações do número de testes realizados na região sul.

Ainda considerando o estado gaúcho, especialmente em relação à 5ª Delegacia Penitenciária Regional, medidas foram realizadas no Presídio de Jaguarão e de Rio Grande, com visitas das equipes técnicas que orientaram agentes e funcionários sobre a adoção de medidas preventivas ao COVID-19 (SUSEPE, 2020c). Quanto às outras penitenciárias que compõem a 5ª DPR, não se sabe informações específicas sobre os protocolos e medidas adotadas para prevenção e combate do coronavírus.

Ante o exposto, conclui-se que a pandemia agravou a violação de diversos direitos sociais, em especial o objeto do presente trabalho, de proteção à maternidade. Pelo que foi debatido, observa-se que esse direito já sofria desrespeito e inobediência dentro do ambiente carcerário, entretanto, após a pandemia do COVID-19 a situação ficou ainda mais delicada. As mulheres, mesmo com decisões judiciais garantindo a prerrogativa de cumprir pena domiciliar, continuaram dentro do ambiente insalubre das prisões – muitas gestantes ou com crianças pequenas. Outras, com filhos fora das penitenciárias, tiveram o contato totalmente suspenso, sem saber, sequer, notícias de sua família.

As medidas adotadas não se mostram suficientemente efetivas no combate e na prevenção da contaminação pelo vírus, uma vez que os dados mostram a superioridade da taxa de letalidade do COVID-19 dentro das prisões se comparada à da sociedade. Ademais, não há uma igualdade no tratamento e na adoção de medidas nas mais diversas unidades prisionais do país, nem mesmo dentro da região Sul do Rio Grande do Sul.

CONCLUSÕES

O sistema prisional é um ambiente originalmente pensado para homens, que não respeita as particularidades femininas e, tampouco, as gestantes, parturientes e mães com filhos dentro do cárcere.

Ainda que exista um amplo sistema normativo que garanta condições estruturais específicas para essas mulheres e que assegure o direito social de proteção à maternidade, o que se vê, como abordado no presente trabalho, é a incapacidade estrutural em alocar crianças dentro das prisões, a ruptura dos laços maternos-afetivos e o afastamento da mulher em relação a sua prole.

Em especial neste momento histórico que vivenciamos uma pandemia observa-se que esse direito está sendo, ainda mais, violado. Isso porque, de um lado, há a não liberação de mulheres gestantes, mães e crianças – mesmo existindo regras que autorizam tal conduta -, e, de outro, houve a suspensão das visitas, acarretando na ruptura de convivência e contato da presa com seus filhos. Analisando especialmente a região Sul do Rio Grande do Sul, delimitação territorial do presente artigo, tem-se a não adoção uniforme de medidas de prevenção e combate ao vírus e, em alguns presídios da 5ª Delegacia Penitenciária Regional, ainda há a suspensão do contato entre mães e filhos.

Nesse sentido, conclui-se pela violação do direito social de proteção à maternidade ante à realidade fática das presas mães no Brasil e, também, no Sul do Rio Grande do Sul – situação agravada, de modo particular, pela pandemia do COVID-19.

REFERÊNCIAS

AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. **Regras de Bangkok**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc11ffdc397c32eecd-c40afbb74.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Número de mulheres presas multiplica por oito em 16 anos**. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/numero-de-mulheres-presas-multiplica-por-oito-em-16-anos/>. Acesso em 23 de out. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 62**. 2020e. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original160026202003305e82179a4943a.pdf>. Acesso em: 23 de out. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 23 de out. 2020.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Medidas de Combate ao COVID-19**. 2020d. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiYThhMjk5YjgtZW-QwYS00ODIkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 23 de out. 2020.

BRASIL. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC). **Apelo à situação das pessoas privadas de liberdade no Brasil durante a pandemia de COVID-19**. 2020c. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2020/06/Apelo-OEA-Final.pdf>. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: Presidência da República, 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 20 de out. 2020.

BRASIL. **Levantamento de Informações Penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, junho de 2020b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTY-zZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e**

mães de filhos com até doze anos presas preventivamente. Brasília: STF, 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>. Acesso em: 23 de out. 2020.

FLORES, Joaquín Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

JOTA. **STF nega 81% dos HCs baseados na Recomendação 62, do CNJ, sobre a Covid-19.** 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020. Acesso em: 23 de out. 2020.

PAULUZE, Thaiza. **Letalidade do coronavírus entre presos brasileiros é o quíntuplo da registrada na população geral.** 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/letalidade-do-coronavirus-entre-presos-brasileiros-e-o-quintuplo-da-registrada-na-populacao-geral.shtml>. Acesso em: 20 de out. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas.** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

SUSEPE. Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. **Mapa Prisional.** 2020a. Disponível em: <http://www.susepe.rs.gov.br/capa.php>. Acesso em: 07 de jan. 2021.

SUSEPE. Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. **Retomada das visitas presenciais ocorre dentro da normalidade e com atenção aos protocolos sanitários.** 2020b. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_conteudo=5158&cod_menu=4. Acesso em: 07 de jan. 2021.

SUSEPE. Superintendência de Serviços Penitenciários do Rio Grande do Sul. **Seapen e Susepe intensificam ações contra a Covid-19.** 2020c. Disponível em: http://www.susepe.rs.gov.br/conteudo.php?cod_conteudo=4832&cod_menu=4. Acesso em: 22 de out. 2020.

THE INTERCEPT. **Julgadas sem julgamento.** 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/06/08/machismo-juizes-justifica-prisao-ilegal-maes/>. Acesso em: 23 de out. 2020.

RECOMENDAÇÃO N 62/2020 DO CNJ E O COVID-19 NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA

*Recommendation n° 62/2020 of CNJ and covid-19 in prisons:
an analysis of the right to health for people deprived of their liberty in the
light of access to justice*

Lorena Carvalho Leite Garcia de Oliveira⁸

⁸ Graduanda em Direito na Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB). E-mail: carvalhooliveira.lolo98@gmail.com

Resumo: Este trabalho versa sobre a análise da recomendação nº 62 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, que dispõe sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus-SAR/COVID-2019 no âmbito dos sistemas de justiça penal. Essa análise pautar-se a do comparativo com o projeto “Infovírus”, que é um observatório do covid nas prisões, formado por pesquisadores dos grupos CEDD - Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (UnB), Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE e UNICAP), Grupo de Pesquisa em Criminologia (UEFS/UNEB) e Grupo Poder Controle e Dano Social (UFSC/UFSM) e autônomos. O objetivo do artigo é analisar o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade através do embate das informações trazidas pelo observatório, no âmbito do acesso à justiça em um sentido mais amplo, evidenciando as violações de direitos que se intensificam com a pandemia e a falta de cumprimento da recomendação. Para a consecução da presente pesquisa, serão utilizados quatro relatórios produzidos pelo “infovirus”, que irão evidenciar a realidade do cumprimento da recomendação bem como os dados reais de infecção nos presídios, além da análise da recomendação nº 62/2020 do CNJ, dados do DEPEN, legislação nacional e internacional, numa abordagem interdisciplinar. Através disso, foi possível concluir que acesso à justiça é poder concretizar os direitos por meio de uma tutela jurídica, e no contexto atual de pandemia, a concretização do direito à saúde é o cumprimento do que preceitua a recomendação. Uma vez que a recomendação não está sendo cumprida, há a violação do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade e do acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito à saúde; Acesso à justiça; Covid-19; “Infovírus”; Pessoas privadas de liberdade.

Abstract: This paper deals with the analysis of the recommendation nº 62 of March 17, 2020 of the National Council of Justice-CNJ, which provides for the adoption of preventive measures for the spread of the infection by the new coronavirus-SAR/COVID-2019 in the framework of criminal justice systems. This analysis is based on the comparison with the “Infovirus” project, which is an observatory of the prison den formed by researchers from the CEDD groups- Center for the Study of Inequality and

Discrimination (Unb), Asa Branca criminology group (UFPE and UNICAP), Criminology Research Group (UEFS UNEB), Power Control and Social Harm Group (UFSC/UFMS) and autonomous. The aim of the article is to analyze the right to health of people deprived of liberty through the clash of Information brought by the observatory, within the scope of access to justice in a broader sense, highlighting the rights violations that are intensifying with the pandemic and the lack of compliance with the recommendation. To achieve this research, four reports produced by “infovirus” will be used, which will highlight the reality of compliance with the recommendation as well as the actual infection data in prisons, in addition to the analysis of the recommendation n° 62/2020 of the CNJ, DEPEN data, national and international legislation, in an interdisciplinary approach. Through this, it was possible to conclude that access to justice means being able to implement rights through legal protection, and in the current context of a pandemic, the realization of the right to health is the fulfilment of the recommendation. Since the recommendation is not being complied with, there is a violation of the right to health of people deprived of liberty and access to justice.

Key words: Right to health; Access to Justice; Covid-19; “Infovirus”; People deprived of their liberty.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, em Wuhan na China, surgem casos de pneumonia desconhecida, sendo divulgado o código genético desse vírus no mesmo mês, sendo identificado como um vírus do tipo corona, causador de infecção respiratória (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, declarou situação de Pandemia Mundial em virtude doença nomeada de Covid-19, causada pelo vírus (BBC BRASIL, 2020).

Não demorou muito para que o vírus se alastrasse pelo mundo e como medida preventiva, o governo brasileiro em 04 de fevereiro de 2020, declarou “emergência em saúde pública de importância nacional” (Portaria 188/GM/MS), que estabelece, dentre outras ações, o isolamento social (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). O primeiro caso no país foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, no estado de São Paulo,

e hoje somam-se mais de 4.6 milhões de casos confirmados, com 140.000 mortos aproximadamente (MINISTÉRIO DA SAÚDE,2020).

No âmbito das pessoas privadas de liberdade, segundo a organização Ponte Jornalismo (STABILE,2020), o primeiro caso surgiu em Belém no mês de abril, com um apenado que cumpria pena no regime semiaberto no CPPB (Centro de Progressão Penitenciária do Pará). Atualmente, segundo a DEPEN(2020) temos cerca de 26 mil casos confirmados no sistema prisional brasileiro, com 110 óbitos, e em nível internacional, 224. 893 e 2010 óbitos.

E quando falamos em medidas preventivas, o Conselho Nacional de Justiça, de modo a adotar medidas preventivas contra a infecção do “novo coronavírus” – SAR/Covid-2019 no âmbito dos sistemas de justiça penal no Brasil, em 17 de março estabeleceu a recomendação nº 62/2020.

A referida recomendação, em seu artigo 4º, inciso I, propõe aos magistrados com competência na fase de conhecimento criminal, a reavaliação das prisões provisórias levando em conta:

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; (CNJ, 2020)

Porém segundo a organização Ponte Jornalismo (STABILE,2020), a informação do primeiro caso, registrado em Belém, no Pará, não constava nas estatísticas oficiais do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Quando o primeiro caso ocorre no âmbito do sistema penal e é subnotificado, é de extrema importância a análise dessa subnotificação, levando em conta a violação de direitos como saúde e acesso à justiça, uma vez que já estava em vigor a recomendação 62/2020.

No mesmo sentido, no instagram @infovirusprisões, do projeto “Infovírus” foi divulgado em 18 de abril, um post sobre uma fala do ex-ministro da Justiça Sérgio Moro (ministro naquela época), em uma entrevista da Record-R7 em 13 de abril de 2020. O referido post traz a fala de que tudo estava controlado, mesmo tendo havido alguns casos de infectados identificados no sistema prisional. Como crítica, o projeto asseverou que:

“Dados do Departamento Penitenciário Nacional apontam que o Brasil tem uma superlotação de mais de 300 mil pessoas presas. Neste cenário, é impossível deslocar as pessoas de uma cela para outra garantindo a não transmissão da Covid-19. Faltam insumos básicos para a higiene e controle sanitário nas unidades prisionais e não existem profissionais de saúde suficientes para atuar na contenção da doença. Inúmeros relatórios do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e de outras organizações que acompanham o sistema prisional mostram que não há água e sabão em todas as unidades prisionais. Conforme o próprio Ministro da Justiça, não há previsão para testagem de presos. Não é factível afirmar que há qualquer tipo de controle sobre prevenção, transmissão e contágio de Covid-19.” (INFOVIRUS, 2020)

É nesse contexto que o presente estudo se desenvolve, através da análise da recomendação nº 62 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que dispõe sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo “novo coronavírus” – SAR/Covid-2019 no âmbito dos sistemas de justiça penal em um comparativo com o projeto “Infovírus”, que é um observatório do Covid-19 nas prisões.

O “Infovirus” é um observatório sobre a COVID-19 nas prisões formado por pesquisadores dos grupos CEDD - Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (UnB), Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE e UNICAP), Grupo de Pesquisa em Criminologia (UEFS/UNEB) e Grupo Poder Controle e Dano Social (UFSC/UFMS) e autônomos. São veiculados boletins diários, boletins semanais além do “de olho no painel do Depen” que realiza a checagem dos dados e métodos utilizados pela Depen, publicados no Instagram @infovirusprisões e no site <https://www.covid-nasprisoas.com/infovirus>.

Por meio do embate das informações trazidas, têm-se como objetivo analisar o cumprimento da recomendação através do “Infovírus”, evidenciando violações no direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, bem como o acesso à justiça em um sentido mais amplo, que irá consistir da efetividade da tutela jurídica disposta na recomendação.

Para a consecução do presente trabalho, a busca não pautar-se-á exclusivamente da análise crítica da recomendação nº 62/2020 do CNJ. Para além, serão utilizados quatro relatórios do “Infovírus”, que evidenciam a realidade do cumprimento dos pedidos de reavaliação provisória baseados na recomendação, bem como dados reais de infecção nos presídios, contrastados com os dados da Depen.

Para tanto, esta pesquisa irá analisar a legislação nacional e internacional, no que dispõe acerca dos direitos à saúde. Dessa forma, a metodologia será centrada numa abordagem interdisciplinar, tendo por base o método hipotético-dedutivo, utilizando-se da técnica bibliográfica, análise de dados estatísticos e levantamento documental.

A recomendação 62/2020 do CNJ com as medidas recomendadas têm como foco a prevenção da infecção pelo COVID-19, e visam a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade, e é nesse contexto o presente trabalho visa discutir, acerca da efetividade dessa recomendação a partir da análise do projeto “Infovírus”.

1.DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE

Está disposto nos artigos 41, VII e 11, II da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), o direito de assistência à saúde, tanto de caráter preventivo como curativo, além do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, que dispõe sobre as diretrizes do tratamento de saúde dos presos. Além desses dispositivos referentes à saúde, temos também a resolução 14 de 1994 (BRASIL, 1994) que dispõe sobre a regularização das instalações ambulatoriais e, no âmbito internacional, os Princípios Básicos para o tratamento de presos que em seu artigo 9º institui às pessoas privadas de liberdade o acesso aos serviços de saúde.

O direito de assistência à saúde garante que o preso tenha direito ao tratamento médico, farmacêutico e odontológico, possibilitando também seu acesso aos serviços de saúde mesmo fora do estabelecimento penal, mediante autorização. Portanto, o estabelecimento penal deve contar com equipe médica para que esse direito possa ser especificado, e mesmo que não possua, isso não deve ser óbice para seu tratamento médico gratuito, uma vez que lhe é garantido o acesso à saúde fora da unidade prisional, com saída autorizada e escoltada.

Porém a realidade não se coaduna com o que é positivado em lei. Segundo a CPI do Sistema Carcerário(BRASIL,2009), violações à saúde são constantes e presentes na maioria dos estabelecimentos penais do Brasil, motivo pelo qual foi escolhida a CPI de 2009, uma vez que esta prioriza as violações que ocorrem nos presídios, de importância para a discussão do tema direito à saúde, objeto do trabalho. Foram constatadas as seguintes informações:

“No distrito de Contagem, na cela nº 1, um senhor de cerca de 60 anos tinha o corpo coberto de feridas e estava misturado com outros 46 detentos. Imagem inesquecível! No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos ação parlamentar 203 CPI do Sistema Carcerário com tuberculose misturavam-se, em cela superlotada, com outros presos aparentemente “saudáveis”. Em Ponte Nova, os presos usavam creolina para curar doenças de pele. Em Brasília, os doentes mentais não dispunham de médico psiquiátrico. Na penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão, presos com gangrena na perna... Em Santa Catarina, o dentista arranca o dente bom e deixa o ruim no lugar. Em Ponte Nova e Rio Piracicaba, em Minas Gerais, registrou-se a ocorrência de 33 presos mortos queimados(...)Se o homem já sofre com a falta de cuidados médicos, as mulheres presas padecem em razão do descaso que impera nas penitenciárias femininas.” (BRASIL,2009, p. 202-203)

Quanto à higiene, que faz parte da assistência à saúde, em âmbito nacional, temos a resolução 14 de 1994 que se coaduna com as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Prisioneiros(ONU,1990). Ambas garantem assistência à higiene, devendo o estabelecimento penal garantir artigos de higiene, ambiente limpo, água potável, fornecendo assim condições para que os presos se mantenham limpos. Mas na realidade, esse direito não é garantido, como mostra o relatório da CPI carcerária:

Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentífrico, escova de dente e toalhas. (BRASIL,2009, p. 195)

A superlotação dos presídios, agrava as condições de higiene e saúde para os apenados. Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, no relatório do Sistema Penitenciário em Número de 2019, o Brasil tem uma taxa de superlotação de 161,60%, dispondo de 446.389 vagas para cerca de mais de 720.000 presos (CNMP,2019).

Para corroborar, a ADPF 347 (BRASIL,2015) reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, abrangendo essas violações tan-

gentes à higiene, saúde e superlotação. O Min. Relator Marco Aurélio concluiu que:

“A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais’ (BRASIL,2015).

Por fim, vale ressaltar que a própria recomendação assevera que os ambientes prisionais são insalubres e possui a questão da aglomeração de pessoas, ou seja, de fácil contágio e proliferação do vírus. Portanto, a recomendação levando em conta a questão dos grupos de risco e tipos de regime no qual se recomenda a prisão domiciliar por força da pandemia, há uma gama muito grande de pessoas privadas de liberdades com direito à recomendação, tendo incidência no Art. 4º inciso I, letra b, que dispõe sobre questões de saúde, higiene e superlotação.

2. ACESSO À JUSTIÇA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, prevê o acesso à justiça no art. X. É garantido o acesso à justiça enquanto modo de se obter uma tutela justa, igual e imparcial para decisão de seus direitos e defesa ao estabelecer que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (ONU,1948).

No âmbito internacional, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe sobre o direito ao acesso à justiça ao asseverar que todo indivíduo tem o direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. O Brasil, como signatário, através do decreto de nº 678/92, ratificou a convenção (BRASIL,1992).

Nacionalmente, o acesso à justiça se constitui como um direito fundamental, positivado na Constituição Federal de 1988.Em seu art. 5º,inciso XXXV assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,

ou seja, o estado não pode negar-se a solucionar qualquer conflito de alguém que alegue lesão ou ameaça de direito, sendo o acesso à justiça a prerrogativa de acesso ao Poder Judiciário por meio da tutela do estado, tutela essa indisponível, a partir do momento em que o cidadão que tenha seus direitos lesados, se configura como parte legítima dessa relação.

Para corroborar com a qualidade direito fundamental do acesso à justiça, observam Cappelletti e Garth (1999, p. 12) que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Portanto, o acesso à justiça, a partir do momento que se configura como um direito fundamental, deve fazer parte do cotidiano até daqueles que estão encarcerados, sendo prerrogativa essencial para que garantam seu devido processo legal à luz da dignidade humana.

Segundo asseveram Cappelletti e Garth (1988) o acesso à justiça é determinante para definir algumas finalidades do ordenamento jurídico, tais como o meio pelo qual as pessoas podem reivindicar direitos ou resolver litígios através do estado, acessível a todos, aliado a resultados justos. O acesso à justiça consiste, principalmente, em ao indivíduo estar assegurada a prerrogativa de buscar o amparo do estado para resolver qualquer questão que o acometa. Nesse sentido, segundo Silva (2013) o acesso à justiça possui duas acepções: a primeira que implica na acessibilidade de todos ao judiciário independentemente de raça, cor, sexo, condição social; a segunda que implica na sua efetividade no âmbito processual com a finalidade de mitigar as injustiças sociais.

No âmbito das pessoas privadas de liberdade a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) garante em seus artigos 15 e 16 assistência jurídica àqueles que não possuem condições financeiras para contratarem um advogado através da assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública. Porém a realidade se difere do que é garantido por lei e segundo o Diretor da Depen Maurício Kuehne, na CPI carcerária de 2009, “cerca de 30% dos presos brasileiros deveriam estar fora das prisões, o que não ocorre, em face da deficiente assistência jurídica (BRASIL, 2009, p. 220-221).

Quando fala-se em acesso à justiça no meio prisional, ele deve ser entendido no seu direito mais amplo, que começa com as garantias dos direitos fundamentais à saúde, educação, trabalho, assistência material, religiosa, visitas e vai até a assistência jurídica que deve garantir um devido processo legal, defesa técnica e cumprimento de resoluções, decretos que visem trazer maior efetividade ao cumprimento de seus direitos.

No contexto atual de mais de 800 mil presos no país, com 41,5% sem condenação (BARBIÉRI,2019), que sofrem violações constantes de direitos, destaca-se o direito à saúde que em meio à pandemia deve se efetivar através do acesso à justiça por meio do cumprimento da recomendação nº 62/2020 (CNJ,2020).É o acesso à justiça em seu sentido amplo que irá garantir o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, e uma vez que esse acesso não é garantido, todos os outros direitos, juntamente com o da saúde, são violados.

3. “INFOVÍRUS” E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS

Para a consecução da pesquisa foram escolhidas quatro postagens, que são “Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da Covid-19”; “Surto de subnotificação: mais uma semana de alastramento do Covid-19 e da desinformação nas prisões brasileiras”; “Entidade e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia”; “Depen mantém restrições a direitos no Sistema Penitenciário Federal”.

Com o objetivo de evidenciar e realizar uma melhor análise das postagens, foram feitas tabelas que contém os dados importantes que corroboram com a questão levantada de violações de direitos atinentes à saúde e acesso à justiça. Divididas por título das postagens, as tabelas contém a data de publicação, além do depoimento/pesquisa que corroboram e fundamentam a publicação. É importante mostrar também os direitos violados, depreendidos da análise das postagens, bem como a manifestação do DEPEN, sobre as informações acostadas na matéria ou aquilo que eles divulgam no seu site, uma vez que eles são órgão responsável pela publicização das informações concernentes ao sistema carcerário brasileiro.

Tabela 1- “Entidade e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia”

DATA	DEPOIMENTO /PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
21 de Julho de 2020	<p>“Narram a ocorrência de agressões dentro dos presídios, além de condições precárias de saúde física e mental em prisões baianas(..)”</p> <p>“Eleine Paixão denuncia que não recebe informações sobre seu marido, apenado do Conjunto Penal de Salvador, desde 8 de março”</p>	<p>Art. 41,X da LEP (direito de visita e contato com o mundo externo);</p> <p>Art. 5º ,III da CF(tortura)</p>	<p>O painel informa 27 detecções do novo coronavírus em estabelecimentos prisionais do estado, mas nenhum caso suspeito e nenhum óbito até o dia 21 de julho.</p>

(INFOVIRUS,2020a)

Tabela 2-“Tribunal de justiça de São Paulo nega 88% dos habeas corpus pedidos em razão da covid-19”

DATA	DEPOIMENTO /PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
17 de Junho de 2020	<p>Uma pesquisa conduzida por professoras e professores do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito de São Paulo analisou 6.781 decisões de Habeas Corpus, que mencionam a COVID-19, entre os dias 18 de março e 4 de maio. Em 88% dos casos, o pedido foi negado.</p>	<p>Artigo 4º, inciso I da Recomendação nº 62/2020 do CNJ.</p>	<p>Não houve manifestação sobre.</p>

(INFOVIRUS,2020b)

Tabela 3. “Surto de subnotificação: mais uma semana de alastramento do covid-19 e da desinformação nas prisões brasileiras”

DATA	DEPOIMENTO /PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
28 de Junho de 2020	<p>Principalmente na Bahia, no Rio Grande do Norte e em Alagoas cumulam-se problemas como tortura e maus-tratos frequentes, ausência de testagem de presos sintomáticos ou recém-chegados, falta de EPIs, materiais de higiene e estrutura adequada. Atos de familiares na Cidade Administrativa em Minas Gerais demandam informações e denunciam falta de alimentos, higiene e cobertores para os detentos.</p>	<p>41, VII e 11, II da Lei de Execução Penal (direito à saúde)</p> <p>Art. 5º, III da CF (tortura)</p>	<p>No RN, ainda houve a inconsistência no número de recuperados: de 7 para 8 de junho dez recuperados no painel do Depen sumiram.</p> <p>Antônio tinha 67 anos, era cardiopata e hipertenso e sua morte não foi contabilizada, ainda com o teste positivo para COVID-19</p>

(INFOVIRUS, 2020c)

Tabela 4. “Depen mantém restrições a direitos no sistema penitenciário federal”

DATA	DEPOIMENTO /PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
<p>17 de Junho de 2020</p>	<p>O Sistema Penitenciário Federal, diferente dos sistemas estaduais, não tem um quadro de superlotação. Porém, justamente por ser uma instituição de segurança máxima, apresenta riscos específicos à saúde física e mental dos custodiados.</p> <p>As regras internacionais de direitos humanos recomendam que essa modalidade de prisão ocorra em períodos reduzidos, em face da excepcionalidade da arquitetura e da estrutura funcional das unidades. No contexto da pandemia, torna-se ainda mais importante atentar para as questões relativas à saúde mental, agravadas por este regime ainda mais restritivo.</p>	<p>41, VII e 11, II da Lei de Execução Penal (direito à saúde)</p>	<p>Entretanto, o Depen não explica qual o quadro efetivo de contaminação nas unidades e quais as medidas para sair da crise. Em 20 de maio, foi registrado o primeiro caso entre detentos da Penitenciária Federal e em 30 de junho o <u>painel do Depen</u> informa que há um caso suspeito, um caso confirmado e um recuperado.</p>

(INFOVIRUS,2020d)

Através das informações acostadas nas tabelas 1 à 4, é possível perceber, por essa amostra pequena de manchetes que os direitos das pessoas privadas de liberdade estão sendo violados e intensificados na pandemia. A principal violação diz respeito ao direito à saúde, com o aumento da precarização das condições de higiene nos conjuntos penais, visto que a maioria recebia por meio de seus parentes, e sem as visitas, ficaram sem o fornecimento de materiais de higiene. Além disso, com a falta de visitas a fim de cumprir o isolamento, temos a violação desse direito somada aos maus tratos, que violam o artigo Art. 5º, III da Constituição que dispõe da proibição de tratamento cruel, desumano e degradante.

É de suma importância destacar a manchete “Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da Covid-19”, que se constitui como justificção do presente trabalho. É através dela que é evidenciado a falta de efetividade da recomendação nº 62/2020 do CNJ, trazendo como consequência a violação do direito à saúde, e num contexto mais amplo, do acesso à justiça.

Com a página no Instagram desde 16 de abril e com estreia do site em julho, somam-se 143 posts informativos que evidenciam o descumprimento das medidas recomendadas pelo CNJ. Esse descumprimento mostra a negligência do direito à saúde, este que por sua vez é inexistente nos conjuntos penais, devido a superlotação de fácil proliferação de doenças.

O contexto atual da pandemia e de isolamento social agravam o cumprimento de pena daqueles que estão privados de liberdade. A portaria nº 28/2020 do Ministério da Justiça e segurança Pública (BRASIL, 2020), suspende, entre outros, as visitas familiares, o que fere o direito de visita e contato com o mundo externo, disposto no art. 1, inc. X da LEP. E, além disso, são perceptíveis os contrastes entre o que é recomendado pelo CNJ e as informações do “Infovirus”, evidenciando que não há saúde para as pessoas privadas de liberdade e não há efetividade do acesso à justiça.

Portanto, é dever do estado prestar jurisdição no atual contexto de pandemia, assegurando o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade com o cumprimento da recomendação e melhorias na higiene dos presídios. É evidente que isso não ocorre, uma vez que além das subnotificações do covid nos presídios, pedidos de pessoas que integram o grupo que têm direito ao benefício estão sendo negados,

com um resultado de maior contaminação de presidiários, funcionários, cortes de direitos (visita, pastorais) e mortes.

CONCLUSÃO

No âmbito dos sistemas de justiça penal, em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a recomendação nº 62/2020 com o objetivo de adotar medidas preventivas no contexto de infecção pelo novo coronavírus-SAR/COVID-2019. Em virtude disso o trabalho foi proposto com o objetivo de analisar o cumprimento da recomendação em um comparativo com o projeto “Infovírus”, através da metodologia bibliográfica e documental de análise de quatro manchetes desse projeto.

O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 2015) evidencia que não há saúde nos presídios, e portanto, ele se configura como um ambiente propício à propagação do vírus. Nesse sentido a recomendação se propôs a garantir o direito à saúde nos presídios, mas segundo o projeto “infovírus” violações de direitos, especialmente o direito à saúde, estão ocorrendo, evidenciando falta de acesso à justiça quando não é garantido à pessoa privada liberdade seus direitos positivados.

Efetividade segundo Barroso (1993) é a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. A recomendação nº 62/2020 do CNJ em um comparativo com os posts do “Infovírus”, mostra-se inefetiva, a partir do momento em que direitos estão sendo negados às pessoas privadas de liberdade, especialmente o direito à saúde.

Acesso à justiça é poder concretizar os direitos através de uma tutela jurídica. No contexto atual de pandemia e superlotação dos presídios, esse acesso se dá pela reavaliação das prisões provisórias, que está disposto na recomendação nº 62/2020 do CNJ, e em um sentido mais amplo, o acesso das pessoas privadas de liberdade a defensores que possam pleitear esses direitos.

Temos uma tutela jurídica que em tese garante o direito à saúde a uma ampla gama de beneficiários, mas que não está sendo cumprida evidenciando a falha de acesso à justiça das pessoas privadas de liberdade e esses familiares, um acesso à justiça em um sentido amplo, que evidencia a negligência da saúde das pessoas privadas de liberdade.

REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em 17 de outubro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 1993.

BBC BRASIL. **Coronavírus: OMS declara pandemia**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>. Acesso em: 26 de julho de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução 14, de 11/11/1994**. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional. **Portaria nº 28 de 26 de junho de 2020**. Disponível em: [https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-28-de-26-de-junho-de-2020-263898776\(portaria](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-28-de-26-de-junho-de-2020-263898776(portaria). Acesso em: 23 de agosto de 2020.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil 05.10.1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 de abril de 2020.

_____. Presidência da República. Lei das Execuções Penais, **Lei 7.210 de 11/07/1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 05 abril. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347: **MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 abril de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema prisional em números**. CNMP, 2019. Disponível em : <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 62 de 17 de março de 2020**. Disponível em : <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf> >. Acesso em : 05 abril de 2020.

DEPEN. **Painel de monitoramento dos Sistemas Prisionais Covid-19**. Departamento penitenciário Nacional. Disponível em : <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrl-joiYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVlIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> . Acesso em : 28 de julho de 2020.

INFOVIRUS. **Entidade e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia**. Disponível em : <https://www.covidnasprisoas.com/blog/entidades-e-familias-denunciam-falta-de-noticias-e-agressoes-a-apanados-na-bahia?categoryId=173484>. Acesso em : 21 de julho de 2020a.

_____. **Surto de subnotificação: mais uma semana de alastramento do Covid-19 e da desinformação nas prisões brasileiras**. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/resumo-da-semana-21-a-27-de-junho>. Acesso em: 29 de junho de 2020c.

_____. **Depen mantém restrições a direitos no Sistema Penitenciário Federal**. Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/depen-mantem-restricoes-a-direitos-no-sistema-penitenciario-federal>. Acesso em: 30 de junho de 2020d.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da Covid-19**. Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito de São Paulo. Disponível em : <https://www.covidnasprisoas.com/blog/tribunal-de-justica-de-sao-paulo-nega-88-dos-habeas-corpus-pedidos-em-razao>. Acesso em: 17 de junho de 2020b.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Linha do tempo do corona vírus**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 5 de abril de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt188-20-ms.htm. Acesso em: 5 de abril de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE(BR). **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde.** Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em saúde, Departamento de informática do SUS. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

ONU. **Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos.** 1990. Disponível em : https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em : 23 de agosto de 2020.

Rodrigues, Horácio Wanderlei **Acesso à justiça no direito processual brasileiro / Horácio Wanderlei Rodrigues.** - São Paulo : Acadêmica, 1994.

SILVA, Juvêncio Borges. O Acesso à Justiça Como Direito Fundamental e Sua Efe-tivação Jurisdicional. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 478-503, set. 2013. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2648/2542>>. Acesso em: 27 set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2013.v4i3.2648>.

**POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O
ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA
CONTRA AS MULHERES:
ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA
PENHA**

***PUBLIC POLICIES TO ADDRESS VIOLENCE AGAINST WOMEN: CHANGES
IN THE MARIA DA PENHA LAW***

***POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ABORDAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS
MUJERES: CAMBIOS EN LA LEY MARÍA DA PENHA***

**Chanauana de Azevedo Canci⁹
Valesca Brasil Costa¹⁰**

9 Advogada. Doutoranda em Educação (URI), Bolsista CAPES/Brasil. E-mail: chana.canci@gmail.com.

10 Professora Universitária. Doutora em Educação (UNISINOS). E-mail: valescacosta@gmail.com.

RESUMO: Este estudo apresenta as principais alterações na Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, abordando esta legislação como uma política pública de enfrentamento à violência contra as mulheres. O trabalho tem como objetivo abordar as alterações promovidas no curso de 2019 em uma perspectiva teórica e prática, elucidando os principais pontos das alterações, a fim de identificar o debate entre celeridade processual e segurança jurídica para as mulheres. O estudo é qualitativo, baseado em revisão de literatura e análise documental. O texto traz reflexões sobre o conceito de violência contra as mulheres, tratadas no plural para representar as diversidades raciais, étnicas, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional existentes entre as mulheres. Destaca os principais tipos de violência, os caracterizando, destacando a violência doméstica e familiar, psicológica, sexual, física, moral, patrimonial, o abuso e a exploração sexual de mulheres adolescentes/jovens, o assédio sexual no trabalho, o assédio moral, o tráfico de mulheres e a violência institucional. Em relação às alterações sofridas pela Lei Maria da Penha, enquanto alguns consideram que essas medidas mostram a preocupação do Estado em buscar instrumentos jurídicos mais rápidos e eficientes à proteção da vida das mulheres, outro grupo acredita que esse importante marco jurídico no enfrentamento da violência possa gerar muitas interpretações ambíguas e não surtir o efeito desejado a partir das alterações legislativas. Em meio à constantes discussões sobre a necessidade de novas leis de enfrentamento e combate à violência contra as mulheres, é de se destacar que a Lei Maria da Penha é considerada uma das três leis mais avançadas do mundo. Embora ajustes sejam necessários, é preciso registrar que a Lei é bastante completa e que cada vez mais vem buscando evitar as lacunas jurídicas, sendo um instrumento efetivo ao tratar de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Políticas Públicas. Enfrentamento da Violência Contra as Mulheres.

ABSTRACT: This study presents the main changes in the Maria da Penha Law, Law 11.340/2006, addressing this legislation as a public policy to confront violence against women. The work aims to address the changes promoted in the course of 2019 from

a theoretical and practical perspective, elucidating the main points of the changes, in order to identify the debate between procedural speed and legal security for women. The study is qualitative, based on literature review and document analysis. The text brings reflections on the concept of violence against women, treated in the plural to represent the racial, ethnic, generational, sexual orientation, disability and social, economic and regional insertion existing among women. It highlights the main types of violence, characterizing them, highlighting domestic and family violence, psychological, sexual, physical, moral, patrimonial, abuse and sexual exploitation of adolescent/young women, sexual harassment at work, moral harassment, trafficking in women and institutional violence. In relation to the changes suffered by the Maria da Penha Law, while some consider that these measures show the State's concern to seek faster and more efficient legal instruments to protect the lives of women, another group believes that this important legal framework in the fight against violence can generate many ambiguous interpretations and not have the desired effect from the legislative changes. In the midst of constant discussions about the need for new laws to confront and combat violence against women, it should be noted that the Maria da Penha Law is considered one of the three most advanced laws in the world. Although adjustments are necessary, it is necessary to note that the Law is quite complete and that it is increasingly seeking to avoid legal gaps, being an effective instrument in dealing with domestic and family violence against women.

Keywords: Maria da Penha Law. Public policy. Confronting Violence Against Women.

RESUMEN: Este estudio presenta los principales cambios en la Ley Maria da Penha, Ley 11.340/2006, que aborda esta legislación como una política pública para enfrentar la violencia contra las mujeres. El trabajo tiene como objetivo abordar los cambios impulsados en el transcurso de 2019 desde una perspectiva teórica y práctica, dilucidando los principales puntos de los cambios, con el fin de identificar el debate entre celeridad procesal y seguridad jurídica para las mujeres. El estudio es cualitativo, basado en revisión de literatura y análisis de documentos. El texto trae reflexiones sobre el concepto de violencia contra la mujer, tratado en plural para representar la raza, etnia, generacionalidad, orientación sexual, discapacidad e inserción social,

económica y regional existente entre las mujeres. Destaca los principales tipos de violencia, caracterizándolos, destacando la violencia doméstica y familiar, psicológica, sexual, física, moral, patrimonial, abuso y explotación sexual de la adolescente/joven, acoso sexual en el trabajo, acoso moral, trata de mujeres y violencia institucional. En relación a los cambios sufridos por la Ley Maria da Penha, mientras algunos consideran que estas medidas muestran la preocupación del Estado por buscar instrumentos legales más rápidos y eficientes para proteger la vida de las mujeres, otro grupo cree que este importante marco legal en la lucha contra la violencia puede generar muchas interpretaciones ambiguas y no tener el efecto deseado de los cambios legislativos. En medio de constantes discusiones sobre la necesidad de nuevas leyes para enfrentar y combatir la violencia contra las mujeres, cabe señalar que la Ley Maria da Penha es considerada una de las tres leyes más avanzadas del mundo. Si bien son necesarios ajustes, es necesario señalar que la Ley es bastante completa y que se busca cada vez más evitar vacíos legales, siendo un instrumento eficaz en el abordaje de la violencia intrafamiliar contra la mujer.

Palabras clave: Ley Maria da Penha. Políticas públicas. Enfrentando la violencia contra la mujer.

INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha, que homenageia a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, agredida por quase 20 anos pelo marido, desde sua entrada em vigor, vem alterando substancialmente a forma de tratamento das questões femininas junto à justiça brasileira, modificando as políticas públicas neste cenário.

Este trabalho aborda, portanto, a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, abrangendo especialmente as alterações promovidas no curso de 2019, tendo como objetivo elucidar os principais pontos das alterações, identificando o debate entre celeridade processual e segurança jurídica da mulher. O estudo é qualitativo, baseado em revisão de literatura e análise documental.

Sabendo que o Estado, a Justiça e, conseqüentemente, as políticas públicas, devem estar comprometidos com o contexto no qual estão inseridos, fundamental é que as Leis impostas sejam, de fato, conexas às bases reais e que tenham um fim

social. A Lei Maria da Penha é, neste sentido, proteção da vítima, coibição, prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

1 LEI MARIA DA PENHA: RAZÕES DIÁRIAS PARA SUA EXISTÊNCIA

Conhecia também uma violência praticada de forma quase invisível, que é o preconceito contra as mulheres, desrespeito que abre caminho para atos mais severos e graves contra nós. Apesar de nossas conquistas, mesmo não tendo as melhores oportunidades, ainda costumam dizer que somos inferiores, e isso continua a transparecer em comentários públicos, piadas, letras de músicas, filmes ou peças de publicidade. Dizem que somos más motoristas, que gostamos de ser agredidas, que devemos nos restringir à cozinha, à cama ou às sombras.

(Maria da Penha, trecho do livro “Sobrevivi... posso contar”, 2015).

1.1 LEMBRAR PARA NÃO REPETIR: A INSTITUIÇÃO DA LEI

Pensar no conceito e no significado que tem a violência contra as mulheres — em que o termo é empregado no plural para representar e dar visibilidade às diversidades raciais, étnicas, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional existentes entre as mulheres — em nosso tempo deveria causar estranheza e ser, à esta altura, tema ultrapassado e superado.

Infelizmente, ações e condutas baseada no gênero continuam causando morte, dano e sofrimento físico, sexual e/ou psicológico às mulheres. Dimensão de gênero, construção social, política e cultural da sociedade, relações entre homens e mulheres: muitas são as possíveis causas que “explicam” a violência. Para o enfrentamento deste imenso problema social é que estão as políticas públicas de proteção, buscando assegurar a integridade e a dignidade das mulheres.

A violência de gênero auxilia na manutenção das desigualdades hierárquicas existentes para garantir obediência, subalternidade de um sexo a outro (SAFFIOTI, 1987). É uma forma de dominação presente em todas as classes sociais, em todas as raças, em todas as etnias. O que separa homens e mulheres não são as diferenças, mas sim as desigualdades, que são produzidas e reproduzidas em diferentes espaços. A desigualdade perpetuada em uma sociedade sexista e patriarcal revela a continuidade de preceitos muito primitivos, como o controle do corpo feminino e das mulheres como um todo, em seu comportamento, emprego, religião, profissão, preferências e aptidões.

O conceito de violência contra as mulheres, que tem por base a questão de gênero,

que remete a um fenômeno multifacetado, com raízes histórico-culturais, e é permeado por questões étnico-raciais, de classe e de geração. Nesse sentido, falar em gênero requer do Estado e dos demais agentes uma abordagem intersetorial e multidimensional na qual as dimensões acima mencionadas sejam reconhecidas e enfrentadas. Além do mais, uma política na área de violência contra as mulheres exige uma atuação conjunta para o enfrentamento do problema, que envolva diversos setores, tais como: a saúde, a educação, a assistência social, a segurança pública, a cultura, a justiça, entre outros; no sentido de dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e de garantir a integralidade do atendimento àquelas que vivenciam tal situação (BRASIL, 2011, p. 22).

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para a coibição de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, embasou-se também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A Lei dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, alterando o Código Penal, de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

A legislação ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, alusiva ao caso da farmacêutica cearense, Maria da Penha Maia Fernandes, em reconhecimento à luta de quase 20 anos em busca de justiça contra os atos de violência praticados pelo marido, Marco Antônio Heredia Viveros, professor universitário e economista. Maria ficou paraplégica, em 1983, devido ao emprego de arma de fogo por seu então companheiro, em uma das duas tentativas em assassiná-la. Em outras oportunidades, além de outros tipos de agressão, usou de eletrocussão e afogamento, objetivando matar a esposa. A partir da denúncia sobre as tentativas de homicídio, iniciou a batalha pelo afastamento e condenação de Marco Antônio.

O caso de Maria da Penha só foi solucionado em 2002, sendo a Lei nº 11.340/2006 resultado da condenação do Estado brasileiro por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente aos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Em 2015, Maria da Penha lançou o livro “Sobrevivi...posso contar”, em que narra as violências sofridas por ela e pelas três filhas no decorrer de sua vida conjugal e familiar. A Lei tornou-se altamente popular no país e com sua entrada em vigor houve um aumento estrondoso de denúncias de violência familiar e doméstica no Brasil.

1.2 APLICAÇÃO DA LEI NOS CASOS DE VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

O conceito de violência contra as mulheres é bastante amplo e compreende diversos tipos de violência. Dentre elas destacam-se a violência doméstica e familiar (que pode ser psicológica, sexual, física, moral e patrimonial), a violência sexual, o abuso e a exploração sexual de mulheres adolescentes/jovens, o assédio sexual no trabalho, o assédio moral, o tráfico de mulheres e a violência institucional.

O art. 7º da Lei Maria da Penha prevê como tipos de violência, a física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, conforme apresentado no quadro a seguir:

Quadro 1: Tipos de violência contra a mulher (Lei Maria da Penha – 2006)

TIPOS	ENTENDIMENTO	AÇÕES PRATICADAS
VIOLÊNCIA FÍSICA	É entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher	Espancamento, atirar objetos, sacudir e apertar os braços, estrangulamento ou sufocamento, lesões com objetos cortantes ou perfurantes, ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo, tortura
VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA	É qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima da mulher, que prejudique e perturbe o seu pleno desenvolvimento ou vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões	Ameaças, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento (proibir de estudar e viajar ou de falar com amigos e parentes), vigilância constante, perseguição contumaz, insultos, chantagem, exploração, limitação do direito de ir e vir, ridicularização, tirar a liberdade de crença, distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória e sanidade
VIOLÊNCIA MORAL	É considerada qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria	Acusar a mulher de traição, emitir juízos morais sobre a conduta, fazer críticas mentirosas, expor a vida íntima, rebaixar a mulher por meio de xingamentos que incidem sobre a sua índole, desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir
VIOLÊNCIA SEXUAL	Trata-se de qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força	Estupro, obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa, impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar, forçar matrimônio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher

<p>VIOLÊNCIA PATRIMONIAL</p>	<p>Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades</p>	<p>Controlar o dinheiro, deixar de pagar pensão alimentícia, destruição de documentos pessoais, furto, extorsão ou dano, estelionato, privar de bens, valores ou recursos econômicos, causar danos propositais a objetos da mulher ou dos quais ela goste</p>
-------------------------------------	---	---

Fonte: Art. 7º da Lei nº 11.340/2006.

A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, do Governo Federal, reconhece a diversidade de tipos de violência contra as mulheres, e além dos cinco tipos de violência citados acima eleca outros tipos, aos quais suas ações estão mais fortemente direcionadas, conforme exposto no quadro que segue:

Quadro 2: Tipos de violência contra a mulher (Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres – 2011)

<p>TIPOS</p>	<p>ENTENDIMENTO</p>	<p>AÇÕES PRATICADAS</p>
<p>VIOLÊNCIA DOMÉSTICA</p>	<p>Entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (Lei nº 11.340/2006)</p>	<p>A violência doméstica contra a mulher subdivide-se em: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. O Parágrafo Único da Lei Maria da Penha dá visibilidade à violência doméstica e familiar contra as mulheres lésbicas, ao afirmar que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”</p>
<p>VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL</p>	<p>É aquela praticada, por ação e/ou omissão, nas instituições prestadoras de serviços públicos. A violência institucional compreende desde a dimensão mais ampla, como a falta de acesso aos serviços e a má qualidade dos serviços prestados, até expressões mais sutis, mas não menos violentas, tais como os abusos cometidos em virtude das relações desiguais de poder entre profissional e usuário. Uma forma comum de violência institucional ocorre em função de práticas discriminatórias, sendo as questões de gênero, raça, etnia, orientação sexual e religião um terreno fértil para a ocorrência de tal violência</p>	<p>Mulheres em situação de violência são, por vezes, “revitimizadas” nos serviços quando: são julgadas; não têm sua autonomia respeitada; são forçadas a contar a história de violência inúmeras vezes; são discriminadas em função de questões de raça/etnia, de classe e geracionais. Outra forma de violência institucional que merece destaque é a violência sofrida pelas mulheres em situação de prisão, que são privadas de seus direitos humanos, em especial de seus direitos sexuais e reprodutivos</p>

<p>TRÁFICO DE MULHERES</p>	<p>O conceito de Tráfico de Mulheres adotado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República do Brasil (SPM/PR) baseia-se em uma abordagem focada na perspectiva dos direitos humanos das mulheres e no Protocolo de Palermo, em que há três elementos centrais: 1. movimento de pessoas, seja dentro do território nacional ou entre fronteiras; 2. uso de engano ou coerção, incluindo o uso ou ameaça da força ou abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade; e, 3. a finalidade de exploração (exploração sexual; trabalho ou serviços forçados, incluindo o doméstico; escravidão ou práticas similares à escravidão; servidão; remoção de órgãos; casamento servil)</p>	<p>Toda vez que houver movimento de pessoas por meio de engano ou coerção, com o fim último de explorá-la, estaremos diante de uma situação de tráfico de pessoas. Importante ressaltar que, para fins de identificação do tráfico de pessoas, o uso de engano ou coerção inclui o abuso da 'situação de vulnerabilidade', mencionada na definição do Protocolo de Palermo. Isso significa dizer que não importa que a pessoa explorada tenha consentido em se transportar de um local a outro, desde que esteja em seu local de origem em situação de vulnerabilidade que a faça aceitar qualquer proposta na busca de encontrar uma oportunidade de superá-la</p>
<p>EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES</p>	<p>Segundo o Código Penal Brasileiro em seu Capítulo V – do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra forma de Exploração Sexual no Artigo 227 diz que exploração sexual “é induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem” e no Artigo 228 fala que é “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”. A Secretaria de Políticas para as Mulheres compreende a exploração sexual de mulheres como uma das formas de violência contra a mulher que se configura como um meio pelo qual um indivíduo tira proveito da sexualidade de outra pessoa (neste caso, das mulheres) com base numa relação desigual de poder, podendo fazer uso da coerção física, psicológica e do engano</p>	<p>Exploração sexual para fins comerciais trata-se de uma prática que envolve troca de dinheiro com/ou favores entre um usuário um intermediário/aliciador/ agente e outros que obtêm lucro com a compra e venda do uso do corpo das crianças e dos adolescentes, como se fosse uma mercadoria</p>
<p>EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE MULHERES, ADOLESCENTES E JOVENS</p>	<p>A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, também conhecida pela sigla ESCCA, é considerada como uma questão social e uma prática criminosa. Representa uma violação de direito humano fundamental, especialmente do direito ao desenvolvimento de uma sexualidade saudável, bem como uma ameaça à integridade física e psicossocial</p>	<p>Existem três formas primárias de exploração sexual comercial e que possuem uma relação entre si: a prostituição, a pornografia e o tráfico com fins sexuais, incluindo-se aí o turismo sexual</p>
<p>ASSÉDIO SEXUAL</p>	<p>A abordagem, não desejada pelo outro, com intenção sexual ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de subalternos ou dependentes</p>	<p>Para sua perfeita caracterização, o constrangimento deve ser causado por quem se prevaleça de sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Assédio Sexual é crime (art. 216-A, do Código Penal)</p>

ASSÉDIO MORAL	É toda e qualquer conduta abusiva que, intencional e frequentemente, fira a dignidade e a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho	Condutas abusivas: gesto, palavra, escritos, comportamento, atitude, etc.
CÁRCERE PRIVADO	Segundo o art. 148 do Código Penal Brasileiro, configura-se quando uma pessoa é impedida de andar com liberdade e é mantida presa contra a vontade	Se a vítima é a mãe, pai, filho, filha ou esposa do agressor, a pena é aumentada

Fonte: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2011).

A ideia de enfrentamento, adotada pela Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, diz respeito à implementação de políticas amplas e articuladas, que procurem dar conta da complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões. Portanto, a noção de enfrentamento compreende as dimensões da prevenção, da assistência, do enfrentamento e combate e da garantia de direitos das mulheres:

Figura 1: Eixos Estruturantes da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres



Fonte: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2011).

O enfrentamento requer a ação conjunta dos diversos setores envolvidos com a questão (saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, entre ou-

tros), no sentido de propor ações que: desconstruam as desigualdades e combatam as discriminações de gênero e a violência contra as mulheres; interfiram nos padrões sexistas/machistas ainda presentes na sociedade brasileira; promovam o empoderamento das mulheres; e garantam um atendimento qualificado e humanizado àquelas em situação de violência.

2. MODIFICAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA: O QUE ALCANÇAMOS DE FATO?

No ano de 2019, a Lei Maria da Penha sofreu importantes alterações. Enquanto alguns consideram que essas medidas mostram a preocupação do Estado em buscar instrumentos jurídicos mais rápidos e eficientes à proteção da vida das mulheres, evitando que a morosidade no judiciário leve à morosidade no amparo e proteção às mulheres que se encontram em risco atual ou iminente à vida ou à integridade física, que resulta, em determinados casos, em feminicídio. Entretanto, outro grupo acredita que esse importante marco jurídico no enfrentamento da violência possa gerar muitas interpretações ambíguas e não surtir o efeito desejado a partir das alterações legislativas.

Em meio à constantes discussões sobre a necessidade de novas leis de enfrentamento e combate à violência contra a mulher, é de se destacar que a Lei Maria da Penha é considerada uma das três leis mais avançadas do mundo. Embora ajustes sejam necessários, e aqui abordamos algumas das principais modificações sofridas pela legislação no ano de 2019, precisamos registrar que a Lei é bastante completa e que cada vez mais vem buscando evitar as lacunas jurídicas, sendo um instrumento efetivo ao tratar de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Uma das principais alterações legislativas que pode ser citada foi a inclusão do art. 12-C, que permite ao Delegado de Polícia, uma vez verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da vítima ou de seus dependentes, conceder a medida protetiva de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando o Município não for sede de comarca. Por meio desse dispositivo fica autorizado também que qualquer policial conceda a medida quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Conforme esclarece Mascotte (2019, n.p.):

É importante ressaltar que a exceção à reserva jurisdicional somente abarca esta medida protetiva em específico, não valendo para as demais, como, por exemplo, proibição de contato com a ofendida. Nessas hipóteses, em que o afastamento do agressor do lar for determinado pelo Delegado de Polícia ou outro policial (nos Municípios que não forem sede de comarca), o juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, devendo decidir, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, comunicando as medidas aplicadas ou revogadas ao Ministério Público.

Cabe destacar que mesmo sendo uma alteração considerada positiva, em termos práticos se torna pouco efetiva, considerando que a Lei limitou a atuação do Delegado de Polícia somente aos Municípios que não forem sede de comarca e apenas permitindo o deferimento da medida protetiva de afastamento do agressor do lar conjugal. Na prática, a aplicabilidade da medida se torna ineficiente, pois afasta o agressor do lar mas continua permitindo a aproximação/contato com a vítima. Outra questão se deve ao fato que apenas as vítimas que solicitarem as medidas protetivas em municípios que não forem sede de comarca poderão se beneficiar com a concessão imediata do afastamento do agressor do lar.

A proteção da mulher seria muito mais eficiente se o próprio Delegado de Polícia, ao invés de apenas formalizar o expediente com o requerimento da vítima pudesse, de imediato, aplicar as medidas de urgência cabíveis, o que garantiria sua integridade física. Mascotte (2019, n.p.) destaca que, na prática, os agressores não podem ser presos,

pois voltam conduzidos à Delegacia de Polícia dias e até meses depois da denúncia e do requerimento de medidas protetivas, mas a prisão pelo crime de desobediência de medidas protetivas de urgência não ocorre (artigo 24-A), seja porque as medidas ainda não foram deferidas judicialmente ou pelo fato de ainda não terem sido intimados da decisão judicial (muitos, inclusive, se esquivam das intimações propositadamente).

Outra alteração de 2019 foi a Lei nº 13.871/2019, que acrescentou a obrigação do agressor de ressarcir todos os danos causados à vítima. A Lei esclarece que aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial à mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), pelos custos relativos aos serviços de saúde prestados para o tratamento da vítima. O dinheiro deve ser revertido a um fundo de saúde responsável pelas unidades que prestarem

os serviços de atendimento.

Ainda quanto à Lei nº 13.871/2019, também prevê o ressarcimento dos custos com os dispositivos de segurança destinados ao monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiares amparados por medidas protetivas. Dessa forma, o agressor deverá arcar com o custo de dispositivos eletrônicos para monitoramento móvel das medidas protetivas, que identificam se está ocorrendo o desrespeito da distância mínima prevista e estabelecida. Quanto a essa Lei, observamos a ressalva imposta quanto à origem do ressarcimento, pois não poderá importar em ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou uma possibilidade de substituição da pena aplicada ao agressor.

Outra alteração na Lei Maria da Penha que merece especial destaque é a determinação de que a mulher em situação de violência doméstica e familiar tem prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou que possa transferi-los para uma instituição mais próxima, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso. Essa alteração, que está no art. 9º da Lei nº 13.882/2019, busca assegurar a segurança da mulher e de sua família, bem como o sigilo dos dados de seus dependentes matriculados ou transferidos. Cabe ressaltar que o juiz pode ordenar a matrícula dos dependentes da vítima independentemente da existência de vaga.

Em 2019 também, por intermédio da Lei nº 13.880/2019, houve a previsão de verificação de registro de porte ou de posse de arma de fogo pelo agressor. A autoridade policial deverá, em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, após a confecção do boletim de ocorrência, fazer essa verificação e na hipótese de existência de porte ou posse de arma, notificar à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte para que sejam tomadas as providências cabíveis. A nova Lei garante a apreensão da arma de fogo do agressor em 48h, pela determinação do juiz, prazo este contado a partir do recebimento do expediente com o pedido de medidas protetivas de urgência.

A Lei Maria da Penha já previa em seu art. 22, inciso I, a possibilidade de decretação da medida protetiva de suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, sendo ratificada e ampliada. Se a arma de

fogo foi utilizada para o cometimento de um delito, havendo o flagrante, a própria autoridade policial procederá à apreensão e à vinculação ao Inquérito Policial. O grande problema está para o alto número de armas de fogo sem registro, o que dificulta a efetividade prática desta medida em casos que o agressor possua armas sem o conhecimento devido.

O art. 38-A da Lei Maria da Penha acrescentou que o juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas. Essa previsão é de extrema importância prática, pois a não existência de um banco de dados e, conseqüentemente, a falta de compartilhamento de informações dificulta muito a fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência pelos órgãos de segurança pública.

Destacamos também a Lei nº 13.894/2019, que passou a estabelecer que o juiz deverá assegurar à mulher em situação de violência doméstica e familiar o encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou dissolução de união estável. O art. 18 da Lei Maria da Penha praticamente repete o comando, determinando o encaminhando da vítima à assistência judiciária, no prazo de 48h do recebimento do expediente com o pedido de medidas protetivas.

Ao destacar uma das alterações, trazida pela Lei nº 13.827/2019, que autoriza, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, encontram-se algumas divergências entre pesquisadores e juristas.

A principal preocupação está no fato de que essa tentativa de dar mais celeridade pode fazer com que o Juiz não tenha a possibilidade de deferir a proteção, ou que a vítima seja desestimulada a realizar a lavratura do boletim de ocorrência, considerando o viés de culpabilização ainda existente no atendimento que algumas delegacias oferecem. A norma determina também o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

A Lei nº 13.836/2019, sancionada logo após, torna obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Assim, a nova Lei acrescentou um inciso determinando que no pedido de medida protetiva o Delegado de Polícia identifique se a vítima é pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência já existente:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

IV - informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.836, de 2019)

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Outras propostas anteriores à 2019 que tramitavam no Congresso foram aprovadas, alterando a Lei Maria da Penha. Destacamos a então PLS nº 191/2017, que altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340/2006, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Em outras palavras, busca conferir a proteção prevista na norma também para mulheres transgêneros e transexuais. Mesmo sem a menção no texto, a Lei já vinha sendo aplicada em casos de mulheres trans, e por isso o Projeto de Lei se tornou tão importante, para que a redação contasse com essa medida, impedindo

qualquer contradição quanto à aplicação da Lei.

Outro Projeto de Lei em destaque é a PL nº 2.661/2019, que visa proibir a nomeação na esfera da Administração Pública Federal, em cargos de livre nomeação e exoneração, de condenados, em trânsito em julgado, por delitos previstos na Lei Maria da Penha. O PL nº 2.661/2019 foi apensado ao PL nº 1.659/2019, que veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 11.340/2006. O estado do Rio de Janeiro é exemplo desta medida, que impede a nomeação no âmbito da administração pública direta e indireta por meio da Lei Estadual nº 8.301, sancionada em 2019.

CONCLUSÕES

A Lei Maria da Penha completou 14 anos em 2020. As alterações são muitas e recentes, o que impossibilita avaliações de sua aplicabilidade prática, ou a existência de ambiguidade de termos e confusão de seus objetivos. O certo é, que se trata de uma das mais importantes legislações em defesa da vida e segurança da mulher, carecendo, enquanto perdurar a situação de vulnerabilidade feminina, de estudos, análises, críticas e debates, mesmo que, por ora, parciais. É o fomento à discussão que permite a ampliação e aprimoramento das políticas públicas.

Esse debate é exaustivo e terá que assim se manter por um longo período, até que possamos desmistificar a ideia de que a mulher é inferior, propriedade, ou dotada de menor capacidade intelectual e profissional. A violência doméstica está enraizada na sociedade, atingindo todas as esferas sociais, culturais e econômicas.

A Lei Maria da Penha foi e segue sendo fundamental para desvelar muitas situações de violência doméstica e familiar no Brasil, em que milhares de mulheres, encorajadas pela história de Maria, passaram a denunciar os abusos sofridos. Da mesma forma, é imprescindível a atuação do governo brasileiro frente ao compromisso de acompanhamento, avaliação e reformulação de Leis e políticas públicas que visem (e mais do que isso, efetivem) a segurança e a proteção das mulheres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019. **Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13836.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.880, de 8 de outubro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, na forma em que especifica**. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-

2022/2019/lei/L13880.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.882, de 8 de outubro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.894, de 29 de outubro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência e para tornar obrigatória a informação às vítimas acerca da possibilidade de os serviços de assistência judiciária ajuizarem as ações mencionadas; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para prever a competência do foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar para a ação de divórcio, separação judicial, anulação de casamento e reconhecimento da união estável a ser dissolvida, para determinar a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, e para estabelecer a prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017. **Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Projeto de Lei da Câmara de Deputados nº 2.661, de 2019. Apensado ao PL nº 1.659/2019. **Proíbe a nomeação, na esfera da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, em cargos de livre nomeação e exoneração, daqueles que forem condenados em trânsito julgado por delitos previstos na Lei Maria da Penha.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200407>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 8.301, de 28 de fevereiro de 2019. **Veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 11.340, no âmbito do estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b-032564fe005262ef/998cb21d7d9bb434832583b60070a6e9#:~:text=Lei%20Or->>

ria&text=LEI%20N%20C2%BA%208301%20DE%2028,ESTADO%20DO%20RIO%20DE%20JANEIRO.>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Presidência da República. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres**. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MASCOTTE, Larissa. Alterações legislativas da Lei Maria da Penha no ano de 2019. **Supremo Concursos**. Disponível em: <<https://blog.supremotv.com.br/alteracoes-legislativas-da-lei-maria-da-penha-no-ano-de-2019/>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... posso contar**. São Paulo: Armazém da Cultura, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth . **O poder do macho**. São Paulo: Editora Moderna, 1987.

COMPREENENDO A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS DESDE A PRAXIS DOS MOVIMENTOS DE MULHERES

*Understanding the historical affirmation of reproductive rights from the
praxis of women's movements*

Ana Beatriz Cruz Nunes¹¹
Patrícia Borba Marchetto¹²

11 Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da UNESP, Campus de Franca/SP. E-mail: ana_nunes@yahoo.com.br. Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/4754072259530920>.

12 Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, docente do Departamento de Administração Pública da Faculdade de Ciências e Letras (FCLAR) da UNESP, Campus de Araraquara/SP e do Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da UNESP, Campus de Franca/SP. E-mail: patricia.marchetto@unesp.br. Link do lattes: <http://lattes.cnpq.br/9857008056151410>.

Resumo: Sob uma ótica subjetiva, a pessoa humana é titular de direitos e garantias fundamentais. Assim, toda pessoa pode exigir a proteção, promoção e observância desses direitos. No entanto, existem direitos humanos cuja afirmação e reivindicação é dificultada às mulheres. Essa questão é evidenciada principalmente no campo do direito à saúde reprodutiva, onde as circunstâncias específicas e inerentes à sexualidade e reprodução das mulheres não são contempladas ou até mesmo invisibilizadas. Sendo assim, no presente trabalho buscar-se-á analisar a afirmação dos direitos reprodutivos das mulheres enquanto direitos humanos fundamentais no cenário político-jurídico internacional e brasileiro durante as décadas de 1970 e 1990, bem como a evolução normativa dos direitos reprodutivos na legislação brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1989 até o ano de 2020. As metodologias de pesquisa utilizadas foram a de revisão bibliográfica e normativa. A análise dos resultados se deu a partir dos aportes teóricos e metodológicos do pensamento feminista, decolonial e interseccional do direito. Para tal, foram utilizados os conceitos trazidos por Quijano (1992; 2005), María Lugones (2008; 2014), Crenshaw (1991) e Herrera Flores (2010). Sendo assim, o presente trabalho divide-se em quatro partes: a) análise da afirmação histórica dos direitos reprodutivos no plano internacional; b) compreensão das raízes coloniais da repressão sexual e do controle reprodutivo das mulheres; c) estudo da positivação dos direitos reprodutivos das mulheres no ordenamento jurídico brasileiro; e, por fim, d) análise dos desafios para a efetividade destes direitos no Brasil. Por fim, conclui-se que o problema fundamental dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro não é tanto justificá-los, mas de protegê-los no campo político.

Palavras-chave: direitos reprodutivos; decolonialidade; lutas sociais.

Abstract: From a subjective perspective, the human person is the holder of fundamental rights and guarantees. Thus, everyone can demand the protection, promotion and observance of these rights. However, there are human rights that are difficult for women to assert and claim. This issue is evidenced mainly in the field of the right to reproductive health, where the specific circumstances inherent to women's sexuality and reproduction are not contemplated or even made invisible.

Therefore, this paper will seek to analyze the affirmation of women's reproductive rights as fundamental human rights in the international and Brazilian political-legal scenario during the 1970s and 1990s, as well the normative evolution of reproductive rights in the Brazilian legislation since the promulgation of the Federal Constitution of 1989 until the year 2020. The research methodologies used were bibliographic and normative review. The analysis of the results was based on the theoretical and methodological contributions of feminist, decolonial and intersectional theories of law. For this, the concepts brought by Quijano (1992; 2005), María Lugones (2008; 2014), Crenshaw (1991) and Herrera Flores (2010) were used. Thus, the present work is divided into four parts: a) analysis of the historical affirmation of reproductive rights at the international level; b) understanding the colonial roots of sexual repression and women's reproductive control; c) study of the positivization of women's reproductive rights in the Brazilian legal system; and, finally, d) analysis of the challenges for the effectiveness of these rights in Brazil. Finally, it is concluded that the fundamental problem of reproductive rights in the Brazilian legal system is not so much to justify them, but to protect them in the political field.

Keywords: reproductive rights; decoloniality; social struggles.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista a complexidade da definição e conceituação dos direitos reprodutivos, já que a definição desses direitos foi tão paradigmática que redefiniu a própria trajetória do pensamento feminista sobre diversos campos das lutas, genericamente podemos conceituá-los como o direito de decidir livremente sobre ter filhos ou não, o número de filhos e o espaçamento entre estes, bem como de ter acesso à informação e educação sobre contracepção e planejamento familiar.

Seguindo a definição de Campos e Oliveira (2009), tais direitos possuem não apenas uma dimensão relacionada especificamente à saúde das mulheres, mas também uma dimensão relacionada à luta das mulheres por direitos e liberdades democráticas. Em outras palavras, uma longa e paradigmática trajetória pela positivação e efetivação de direitos humanos e fundamentais das mulheres.

Os direitos humanos fundamentais podem ser compreendidos como os direitos humanos apresentados nas declarações, tratados e convenções internacionais e expressamente reconhecidos nas constituições dos Estados (MACHADO, 2017), tratando-se, portanto, dos direitos humanos reconhecidos pelas cartas constitucionais dos estados democráticos.

Sob uma ótica subjetiva, a pessoa humana é titular dos direitos e garantias fundamentais, sendo assim, toda pessoa pode exigir a proteção, promoção e observância desses direitos. No entanto, existem direitos humanos cuja afirmação e reivindicação historicamente é dificultada às mulheres.

De acordo com Azambuja e Nogueira (2008), os direitos humanos possuem uma vertente feminina em razão das especificidades que atingem as mulheres e que não existem para os homens. Para as autoras, essa questão é evidenciada principalmente no campo do direito à saúde sexual e reprodutiva, onde as circunstâncias específicas e inerentes à sexualidade e reprodução das mulheres não são contempladas ou até mesmo invisibilizadas.

Desde a década de 1990, apesar da forte resistência do pensamento jurídico aos temas relacionados à questão de gênero, as chamadas teóricas feministas do direito têm aberto o campo dos estudos de gênero em seus âmbitos jurídico-político e dogmático. Atualmente, após trinta anos de pressão dos movimentos sociais de mulheres, verifica-se o acúmulo de debates e teorias feministas em torno da tutela jurídica das questões relacionadas aos direitos das mulheres.

Sendo assim, no presente trabalho buscar-se-á analisar a afirmação dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos fundamentais a partir das lutas feministas e, mais especificamente, das mulheres negras, no cenário político-jurídico internacional e brasileiro durante as décadas de 1970 e 1990, bem como a evolução normativa dos direitos reprodutivos na legislação brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1989 até o ano de 2020.

As metodologias de pesquisa utilizadas foram de pesquisa bibliográfica e normativa sobre o tema dos direitos reprodutivos. A análise dos resultados se deu a partir dos aportes teóricos e metodológicos do pensamento feminista, decolonial e interseccional do direito. Para tal, foram utilizados os conceitos trazidos por Quijano

(1992; 2005), María Lugones (2008; 2014), Crenshaw (1991) e Herrera Flores (2010).

No primeiro capítulo, buscou-se analisar, através do estudo e revisão bibliográfica sobre o tema, a construção histórica e conceitual dos direitos reprodutivos dentro dos processos de enfrentamentos jurídico-políticos dos movimentos de mulheres face às discussões, especialmente a partir das décadas de 1970 e 1980 no âmbito das Nações Unidas, sobre controle demográfico e de natalidade.

No segundo capítulo, a partir da perspectiva decolonial, buscou-se compreender as raízes das lutas pela positivação e efetivação dos direitos reprodutivos resgatando as raízes da dominação patriarcal, racista e etnocêntrica característica da colonização brasileira. A partir deste estudo, verificou-se que a violação do que hoje entendemos como direitos reprodutivos esteve no centro do projeto civilizatório da colonialidade-modernidade (QUIJANO, 1992), desempenhando função central na organização das relações de gênero e de poder na colonização da América Latina.

No terceiro capítulo, é apresentada a revisão normativa dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro. Neste capítulo, verifica-se que tais direitos abarcam dois âmbitos complementares: de um lado, relacionam-se com direitos de primeira dimensão, os chamados direitos individuais tais como liberdade e intimidade que por regra determinam uma atuação negativa do Estado; por outro, abarcam direitos de segunda dimensão, os chamados direitos sociais, que determinam uma atuação positiva do Estado, bem como políticas públicas para a sua efetivação (PEGORER, 2016).

No último capítulo, discute-se, brevemente, os desafios para a efetividade dos direitos reprodutivos no Brasil de acordo com as reflexões produzidas no estudo que embasa o presente trabalho.

Por fim, conclui-se que, em razão da genealogia recente dos direitos reprodutivos, sua abordagem pela Ciência Jurídica é ainda timidamente referenciada pela doutrina, em especial brasileira, sobre o tema. Além disso, o discurso conservador sobre os direitos reprodutivos impera no âmbito legislativo e executivo, produzindo resultados nefastos em relação aos direitos humanos das mulheres. Em certa medida, tais discursos conservadores e repressores também se refletem na tutela jurisdicional do tema.

Sendo assim, verifica-se que o problema fundamental dos direitos reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro não é tanto justificá-los, mas de protegê-los no campo político.

1. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NO PLANO INTERNACIONAL: UMA LUTA FEMINISTA

A construção histórica e conceitual dos direitos reprodutivos, bem como o reconhecimento desses direitos como direitos humanos e fundamentais está inserida em um longo processo de enfrentamentos jurídico-políticos dos movimentos de mulheres. Processo que, desde a genealogia do movimento feminista, esteve marcado por avanços e retrocessos.

Historicamente, os corpos das mulheres e as diversidades sexuais estiveram no centro de projetos políticos, sejam estes conservadores, autoritários ou democráticos. No entanto, a grande novidade no campo dos direitos reprodutivos é justamente a constatação de que estes direitos foram pensados e reivindicados pelas mulheres, a partir das lutas dos movimentos de mulheres.

Segundo Oliveira (2009) os movimentos de mulheres começaram a delinear, no final da década de 1980, o que passou a ser denominado direitos reprodutivos a partir da luta jurídico-política contra as políticas autoritárias, genocidas e racistas de controle da natalidade que acabaram recaindo sobre as populações periféricas e marginalizadas do globo em geral.

Existem diversos marcos históricos e jurídico-políticos dos direitos reprodutivos. Pode-se afirmar que o surgimento da atual conceituação dos direitos reprodutivos decorre da fundação da Rede Nacional pelos Direitos Reprodutivos em 1979, nos Estados Unidos, passando a ser adotado pelos movimentos ativistas da década de 1980 na Europa em torno das reivindicações pelo direito ao aborto (PEGORER, 2016).

Outro referencial histórico do surgimento do termo “direitos reprodutivos” remonta ao Encontro Internacional de Saúde da Mulher realizado em 1984 em Amsterdã, no qual foi obtido o consenso de que tal denominação refletia um conceito mais completo e condizente com a pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres do que apenas “saúde da mulher”, por exemplo (MATTAR, 2008).

Sendo assim, verifica-se que a formulação do conteúdo dos direitos sexuais e, principalmente, dos reprodutivos se deu em um marco não-institucional. Contudo, aos poucos, intelectuais e ativistas começaram a apontar a importância do reconhecimento desses direitos no plano dos direitos humanos universais. No âmbito internacional, diversas convenções, pactos e conferências das Nações Unidas contribuíram para a afirmação dos direitos reprodutivos enquanto direitos humanos.

O primeiro grande marco na proteção dos direitos humanos das mulheres no âmbito do direito internacional foi a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (CEDAW, em inglês). Em seus artigos 15 e 16 a CEDAW estabelece, pela primeira vez, a obrigação dos Estados Partes na busca pela igualdade de gênero no âmbito das relações familiares, bem como a responsabilidade destes em adotar medidas para a eliminação da discriminação contra as mulheres e para a promoção da igualdade de gênero.

Além da CEDAW, em 1993 foi adotada pela ONU a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres que condena, em seu artigo 2º, a discriminação contra a mulher e define a violência tolerada e até mesmo perpetrada pelos próprios Estados.

Posteriormente, em 1994, foi aprovada a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, que além de conceituar, em seu artigo 2º, a violência contra a mulher, criou mecanismos interamericanos de proteção dos direitos das mulheres.

A Convenção de Belém do Pará além de complementar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, e de ratificar e ampliar a Declaração e o Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, representa um dos principais avanços legislativos internacionais impulsionado pela ação política dos movimentos feministas em diversos países com o objetivo de dar visibilidade à violência contra a mulher e de exigir medidas nacionais e internacionais de combate desse tipo de violência.

No âmbito das Nações Unidas, as discussões a respeito dos direitos reprodutivos das mulheres intensificaram-se a partir das décadas de 1960 e 1970 tendo como escopo principal as políticas e programas de controle populacional.

À época, inspiradas pelas ideias neomalthusianas de controle do crescimento populacional, tais discussões centravam-se no controle do crescimento populacional como condição para a melhoria da situação econômica e social dos países. Nesse contexto, difundiram-se estratégias de redução da fertilidade, especialmente nos países periféricos, sem qualquer preocupação com o bem-estar físico e a autonomia das mulheres em relação ao seu próprio processo reprodutivo (PEGORER, 2016).

Contudo, a partir das mobilizações da chamada “segunda onda” do feminismo, cujas principais bandeiras históricas foram “o pessoal é político” e “meu corpo me pertence”, cada vez mais os movimentos de mulheres passaram a reivindicar o protagonismo das mulheres em relação às pautas sobre sexualidade e processos reprodutivos.

Assim, a partir das décadas de 1970 e 1980, os temas da saúde reprodutiva, métodos anticoncepcionais, esterilização, mutilação genital, aborto, reprodução assistida, maternidade compulsória, autonomia e livre exercício da sexualidade, entre outros, passaram a figurar nas discussões sobre os direitos reprodutivos das mulheres.

Portanto, a partir da revisão bibliográfica sobre o tema e do estudo documental dos instrumentos de proteção dos direitos humanos das mulheres produzidos à época, verifica-se que através da atuação jurídico-político dos movimentos de mulheres foi possível a elaboração dos principais tratados e convenções para a proteção dos direitos reprodutivos das mulheres vigentes até os dias de hoje¹³.

Nesse sentido, embora o decênio de 1975 a 1985 tenha sido declarado o Decênio das Nações Unidas para as Mulheres (ou a Década para as Mulheres para a ONU), o tema da sexualidade das mulheres foi propriamente pautado pela primeira vez, de forma direta, no plano internacional apenas durante a II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos ocorrida em 1993 em Viena¹⁴.

13 Insta frisar que, no próximo capítulo, buscaremos compreender a contribuição dos movimentos de mulheres, em especial brasileiras, na formulação dos referidos documentos e na afirmação histórica dos mesmos enquanto direitos humanos fundamentais.

14 O Programa de Ação e Declaração de Viena define que os direitos humanos das mulheres são inalienáveis e constituem parte integrante e indivisível dos direitos humanos universais. Tal documento reconheceu que a violência de gênero é incompatível com o valor da dignidade da pessoa humana, devendo ser eliminada nos planos interno e internacional dos Estados Partes e reforçou o compromisso das Nações Unidas na defesa dos direitos humanos das mulheres.

Contudo, no documento, as questões relativas à sexualidade das mulheres e crianças do gênero feminino são pautados exclusivamente sob o viés da violência de gênero, ou seja, a partir das discussões em relação às questões de assédio e exploração sexual; ao tráfico de mulheres; às práticas tradicionais, preconceitos culturais e extremismos religiosos relacionados ao tema da sexualidade das mulheres; e, por fim, sobre a importância da eliminação de tendências sexistas na administração da justiça.

O marco histórico da mudança paradigmática do enfoque demográfico para o da saúde sexual e reprodutiva foi a Conferência Internacional sobre Populações em Desenvolvimento (CIPD) do Cairo em 1994, que além de conceituar, implicitamente, os direitos sexuais e reprodutivos, marcou o reconhecimento destes enquanto direitos humanos.

Apesar da conceituação dos direitos reprodutivos não aparecer explicitamente no Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, também conhecido como Plano de Ação ou Plataforma do Cairo (1995), os países-membros da CIPD concordaram que a saúde reprodutiva é um direito humano e um elemento fundamental da igualdade de gênero, traçando as definições norteadoras desses direitos e estabelecendo objetivos e planos de ações recomendados aos países-membros¹⁵.

Nesse sentido, o Plano de Ação do Cairo, especialmente no Capítulo VII “Direitos de reprodução e saúde reprodutiva”, trouxe importantes considerações sobre a igualdade de gênero, saúde reprodutiva e planejamento familiar (ONU, 1994).

A saúde reprodutiva é conceituada como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos; reconhecendo que a mesma implica uma vida sexual segura e satisfatória, a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer (ONU, 1994).

15 À época, a atuação do Brasil foi essencial a formulação do Plano de Ação da Plataforma do Cairo, pois já na década de 1980 os movimentos de mulheres no Brasil reivindicaram um programa de saúde da mulher que contemplasse suas necessidades de saúde de forma integral e não restrito exclusivamente às dimensões de concepção e contracepção. Nesse sentido, pode-se dizer que o movimento feminista brasileiro já havia antecipado em uma década o espírito da Plataforma do Cairo (PATRIOTA, 2006).

A assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e solucionando problemas de saúde reprodutiva; incluindo também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simplesmente o aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis (ONU, 1994).

Ademais, seu Plano de Ação reconhece os direitos reprodutivos como direitos humanos e conceitua-os como o

(...) direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. Inclui também seu direito de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência, conforme expresso em documentos sobre direitos humanos (ONU, 1994, p. 62)

Posteriormente, aprofundando a questão da afirmação dos direitos reprodutivos, a IV Conferência Mundial da Mulher de Pequim em 1995 deu origem à Plataforma de Ação de Pequim que ampliou a abrangência desses direitos, em especial no que se refere à titularidade feminina. Além disso, consagrou três inovações fundamentais para a promoção da situação dos direitos da mulher: o conceito de gênero, a noção de empoderamento e o enfoque da transversalidade (VIOTTI, 2006, p. 149).

De fato, a Plataforma de Ação de Pequim (1995) conseguiu não apenas reafirmar as conquistas alcançadas no campo dos direitos reprodutivos, como também conseguiu avançar na formulação dos direitos sexuais como parte componente dos direitos humanos. No entanto, embora os direitos sexuais sejam concebidos juridicamente como uma liberdade positiva ou uma liberdade de pleno exercício da sexualidade, ainda hoje estes direitos não encontram o mesmo reconhecimento normativo que os direitos reprodutivos.

Os próprios documentos das Nações Unidas supramencionados, embora legitimem os direitos sexuais das mulheres, não promoveram o mesmo avanço em relação aos direitos da diversidade sexual. Essa tímida previsão que os direitos sexuais encontram até mesmo nos documentos internacionais, restringindo-os “a uma liberdade negativa, priorizando o combate a abusos e explorações sexuais (um não fazer)” (PEGORER, p. 27), expressa o que caracteriza, para Sônia Corrêa (2006,

p. 103), a invenção moderna dos “sujeitos sexuais”.

Independentemente da heterogeneidade dos sistemas jurídicos existentes, leis, códigos e normas continuam operando como sistemas de classificação, hierarquização e, na maioria dos casos, criminalização de identidades e práticas sexuais. É contra esse pano de fundo histórico que, ao longo da última década, assistimos à propagação de um rumor crescente sobre os direitos sexuais.

Embora os direitos sexuais não sejam, propriamente, objeto do presente trabalho, insta frisar que, durante décadas, os direitos reprodutivos constituíram-se como pauta única dos movimentos feministas e de mulheres no âmbito internacional enquanto a conquista dos direitos sexuais teria sido, de certa forma, prejudicada pela ausência da coesão que a luta feminista alcançou na positivação daqueles (MATTAR, 2008).

Antes prosseguir ao próximo tópico, é importante destacar que apesar das décadas de 1960 a 1990 terem sido marcadas pelo avanço e afirmação dos direitos reprodutivos das mulheres enquanto direitos humanos, com a edição de diversos documentos jurídico-políticos para a proteção destes, a efetivação - no plano material - desses direitos não se deu de forma equivalente em todos os países do globo. Assim, será dado enfoque na experiência brasileira

2. CONTEXTUALIZANDO OS DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL: RAÍZES COLONIAIS DA REPRESSÃO SEXUAL E DO CONTROLE REPRODUTIVO DAS MULHERES

Como já explanado, as questões relativas aos direitos reprodutivos estiveram vinculadas, no âmbito das Nações Unidas, às discussões sobre questões demográficas e de controle da natalidade. Assim, as políticas e programas de controle populacional centravam-se no controle do crescimento populacional como condição para a melhoria da situação econômica e social dos países.

Portanto, paralelamente à “revolução sexual” promovida pela apropriação dos métodos contraceptivos hormonais, difundiu-se a ideia de que seria possível reduzir a pobreza mundial reduzindo a fertilidade através de técnicas e políticas massivas de controle da natalidade/fertilidade, esterilização e de disseminação das tecnologias contraceptivas.

Tais métodos representaram instrumentos para o controle compulsório de fecundidade e de esterilização de um largo contingente de mulheres negras, indígenas e asiáticas (CAMPOS; OLIVEIRA, 2009). Foi a partir dessas constatações e, em especial, da denúncia dos movimentos de mulheres negras, que os movimentos de mulheres passaram a denunciar o caráter eugenista e genocida dessas políticas; bem como a reivindicar a autonomia sobre a fecundidade e a reprodução humanas, já que ambas passam pelos corpos das mulheres.

Contudo, quando analisamos a questão do corpo e autonomia das mulheres no contexto brasileiro, é necessário retomar o estudo das raízes coloniais da repressão sexual e do controle reprodutivo das mulheres.

A colonização da América Latina em geral e do Brasil em específico teve como um de seus elementos estruturais a dominação e repressão sexual. Desde o período da colonização do Brasil, ou seja, há pelo menos 500 anos, verifica-se que “a estratégia de colonização teve como elemento estrutural a dominação e repressão sexual” a qual, “de várias formas, esta estratégia veio sendo atualizada até os nossos dias” (OLIVEIRA, 2009, p. 14).

De acordo com María Lugones (2014, p. 938):

A “missão civilizatória” colonial era a máscara eufemística do acesso brutal aos corpos das pessoas através de uma exploração inimaginável, violação sexual, controle da reprodução e terror sistemático (por exemplo, alimentando cachorros com pessoas vivas e fazendo algibeiras e chapéus das vaginas de mulheres indígenas brutalmente assassinadas).

Sendo assim, é necessário compreender que “a opressão sexual e a dominação colonial são as duas faces de uma mesma repressão entrelaçada com os fios da expropriação do próprio território corpo”¹⁶ (CELANTANI, 2014, p. 48, tradução nossa).

Segundo Lugones (2014), o sistema de poder capitalista, colonial, moderno atual remonta à colonização das Américas no século XVI. Em sua concepção, a intersecção entre gênero, classe e raça funciona como o construto central do sistema capitalista; cuja opressão racializada, capitalista e de gênero constitui o que a autora chama de “colonialidade dos gêneros” (LUGONES, 2014).

16 No original: “*la opresión sexual y la dominación colonial son las dos caras de una misma represión entretejida con los hilos de la expropiación del propio territorio cuerpo*” (CELANTANI, 2014, p. 48).

Compreende-se a colonialidade do gênero como exercícios de poder concretos, intrinsecamente relacionados, alguns corpo a corpo, alguns legalistas, alguns dentro de uma sala onde as mulheres indígenas fêmeas-bestiais-não-civilizadas são obrigadas a tecer dia e noite, outros no confessionário. (...). Conforme a colonialidade infiltra cada aspecto da vida pela circulação do poder nos níveis do corpo, do trabalho, da lei, da imposição de tributos, da introdução da propriedade e da expropriação da terra, sua lógica e eficácia são enfrentadas por diferentes pessoas palpáveis cujos corpos, entes relacionais e relações com o mundo espiritual não seguem a lógica do capital (LUGONES, 2014, p. 948).

Uma vez que os corpos das mulheres, especialmente das mulheres indígenas e negras, e a repressão da sexualidade estiveram no centro do projeto civilizatório próprio da colonização da América Latina, sobre os corpos colonizados historicamente atuaram uma série de instituições: a família, o Estado, o mercado, a comunidade, a religião, entre outros (CAMPOS, 2009; OLIVEIRA, 2009).

Assim, os direitos reprodutivos devem ser compreendidos desde a herança colonizatória marcada pela dominação, repressão e violência estrutural, da qual sua dimensão de gênero se traduz como a intensificação da violência que é estrutural nas sociedades latino-americanas.

Herança “marcada por enredos e vivências pessoais e coletivas da sexualidade e da reprodução, ancorados em contextos e processos históricos onde a violência esteve e está presente e segue sendo um elemento impactante regulador das relações sociais” (OLIVEIRA, 2009, p. 15).

Por isso, os desafios e obstáculos à positivação e efetivação dos direitos sexuais no Brasil remontam às raízes da dominação patriarcal, racista e etnocêntrica da colonização brasileira. Do mesmo modo, a eugenia expressa nas políticas autoritárias de controle de natalidade das décadas finais do século XX tem suas raízes coloniais¹⁷.

Do mesmo modo, a ideologia dominante subjugou e marginalizou as distintas relações de parentesco e de família dos povos originários ao modelo familiar nuclear e patriarcal impostos pela evangelização¹⁸ (OLIVEIRA, 2009).

Com a efervescência política mundial da segunda metade do século XX e,

17 Naquela época, era comum a imposição pelos senhores de escravos da separação entre os homens e mulheres afrodescendentes objetivando a inviabilização de relacionamentos afetivo-sexuais que pudessem gerar mão-de-obra negra economicamente desvantajosa.

18 Sendo assim, no âmbito das relações afetivo-sexuais e dos arranjos familiares do Brasil do começo do século XX, o padrão de dignidade ficou restrito às famílias nucleares, constituídas por matrimônios legalmente monogâmicos, indissolúveis, católicos e adequados à hierarquia de gênero.

especialmente, com os movimentos de redemocratização brasileiros da década de 1980, os movimentos sociais articulados no processo constituinte levantaram a bandeira da centralidade da liberdade sexual e da autonomia reprodutiva para a igualdade e justiça social da ordem democrática que se inaugurou.

Com isso, diversas estratégias emancipatórias sustentadas à época foram vitoriosas, como por exemplo: a formulação do Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher (PAISM) em 1983; a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher em 1985; a articulação das mulheres congressistas no chamado *lobby do batom*; a criação do Sistema Único de Saúde (SUS); a criação da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos em 1991; a Campanha Nacional contra a Esterilização em Massa, denunciando a esterilização forçada de mulheres negras como genocídio do povo negro; a instauração da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para Investigar a Esterilização Massiva de Mulheres; entre outras conquistas que marcaram as décadas de 1980 e 1990 no Brasil.

Como já explanado, a década de 1990 foi marcada pelo encontro das demandas dos movimentos de mulheres do Brasil com as articulações dos movimentos feministas internacionais, especialmente no âmbito das Nações Unidas, o que fez com que diversas demandas feministas fossem positivadas no âmbito internacional; fazendo avançar a legislação interna do Brasil no que se refere aos direitos reprodutivos de titularidade feminina.

3. AFIRMAÇÃO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: AVANÇOS E RETROCESSOS

Recorrendo aos conceitos traçados nos tópicos anteriores, resta evidente que os direitos reprodutivos caracterizam-se por tratarem-se de direitos humanos (por estarem positivados nos tratados anteriormente elencados); universais, pois o único requisito de sua titularidade é a condição de pessoa humana; indivisíveis, porque envolvem necessariamente a conjugação de direitos de primeira e segunda dimensão; e fundamentais, por terem sido recepcionados pela ordem constitucional brasileira, como veremos a seguir (PEGORER, 2016).

Dado o caráter democrático assumido pela Constituição Federal de 1988, nota-se a ampla incidência da proteção e afirmação dos direitos reprodutivos pela

referida carta constitucional. Segundo Campos (2009), o texto constitucional de 1988 foi fruto de um amplo debate democrático que passou pela participação ativa dos movimentos de mulheres, instituindo um importante marco normativo no campo dos direitos reprodutivos.

Esses novos direitos expressos nos princípios e garantias fundamentais passam a reger todos os poderes, e servem de guia para a elaboração das políticas públicas governamentais e para o processo de criação de leis (CAMPOS, 2009, p. 53)

A Constituição Federal de 1988, no caput de seu artigo 5º, que estabelece os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, reconhece a inviolabilidade das liberdades e garantias liberais, e, em seu inciso I, a igualdade de gênero. Ademais, em seus parágrafos 2º e 3º não apenas recepiona os direitos e garantias previstos nos tratados internacionais de direitos humanos como também prevê a hierarquização constitucional destes.

Ainda, em seu inciso X, reforça a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização material ou moral decorrente de sua violação. Instrumental normativo que assegura o exercício dos direitos reprodutivos das mulheres.

Em seu artigo 1º, no qual elenca os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil assentada em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 anuncia como fundamento do Estado brasileiro a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III). Como visto, sem a garantia dos direitos reprodutivos não há dignidade e cidadania plenas.

Em seu artigo 3º, inciso IV, promove como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No capítulo II do Título I da Constituição Federal de 1988, que versa sobre os direitos sociais, é reconhecida a proteção social da maternidade, bem como um rol de direitos sociais - educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à infância e assistência social – que são fundamentais para a garantia da fruição dos direitos reprodutivos, já que visam coibir uma série de discriminação ligadas à reprodução, maternidade e sexualidade

(PIOVESAN; PIROTTA, 2012).

Já em seu Título VIII, que versa sobre a ordem social, é possível relacionar os direitos reprodutivos com as normas e prescrições relativas à saúde, à assistência e à previdência social, tais como: a) proteção da maternidade (art. 201, inciso II, CF); b) maternidade como um dos objetivos da assistência social; e c) o direito ao planejamento familiar baseado na igualdade de direitos e deveres na sociedade conjugal (art. 226, § 5º e 7º, CF).

No âmbito do Código Civil brasileiro, a disciplinação dos direitos reprodutivos se dá essencialmente em seu Livro IV que versa sobre o Direito de Família. Embora com a reforma do Código Civil tenha-se buscado a adequação da legislação civil brasileira aos princípios e preceitos advindos com a Constituição Federal de 1988, o atual Código Civil ainda apresenta muitas normas que contradizem os princípios constitucionais e internacionais¹⁹.

No âmbito penal, o Título VI do Código Penal brasileiro versa sobre o cerne dos crimes contra a dignidade sexual, quais sejam: o estupro (art. 213, CP); a violação sexual mediante fraude (art. 215, CP); a importunação sexual (art. 215-A, CP); o assédio sexual (art. 216-A, CP); e o registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B, CP). Ainda, o Capítulo II do referido título versa sobre os crimes sexuais contra vulnerável e seu Capítulo V sobre o tráfico de pessoas para fim de prostituição ou outra forma de exploração sexual²⁰.

Contudo, a legislação penal ainda traz resquícios da cultura patriarcal e

19 Pegorer (2016) cita, a título de exemplo, a impossibilidade de contração de novas núpcias pela mulher viúva ou que teve seu casamento considerado nulo ou anulado pelo prazo de dez meses a fim do reconhecimento da paternidade de eventual filho mesmo com os avanços biotecnológicos atuais quem tornam tal restrição sem o menor sentido. Tal prescrição encontra-se no artigo 1.523, inciso II do Código Civil.

20 Do mesmo modo que o Código Civil, diversas reformas da legislação penal trouxeram importantes alterações para a adequação da legislação penal à ordem constitucional. Nesse sentido, a Lei nº 10.224/2001 incluiu do tipo penal assédio sexual (art. 216-A, CP). Já a Lei nº 11.106/2005 foi responsável pela a) eliminação da expressão “mulher honesta” dos sujeitos passivos dos tipos penais posse sexual mediante fraude (art. 215, CP), atentado ao pudor mediante fraude (art. 216, CP) e rapto violento ou mediante fraude (art. 219, CP); b) pela revogação dos incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal que extinguiu a punibilidade nos casos de estupro em que o autor viesse a contrair núpcias com a vítima ou quando o cônjuge desta não requeresse o prosseguimento do inquérito da ação penal; e c) pela descriminalização do adultério que, culturalmente, era utilizado como justificativa de atos de violência contra a mulher. Por fim, a Lei nº 12.015/2009 foi responsável pela alteração do Título VI do Código Penal, que antes se chamava “Dos Crimes Contra os Costumes” para “Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual”.

machista tão arraigada na sociedade brasileira e na ideologia jurídica. O ponto principal dessa crítica é a tipificação do aborto (provocado pela gestante, por terceiro, o aborto necessário e o aborto em caso de gravidez resultante de estupro) presente nos artigos 124 a 128 do Capítulo I (crimes contra a vida), Título I (crimes contra a pessoa) do Código Penal²¹.

Dentre as principais alterações da legislação penal sobre o tema dos direitos sexuais e reprodutivos, a de maior relevância foi a Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, que é considerada a primeira lei brasileira a mencionar de forma explícita a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher.

A referida lei não apenas promoveu uma mudança paradigmática no enfrentamento da violência contra a mulher incorporando a perspectiva de gênero e da ótica preventiva, integrada e disciplinar de enfrentamento da violência contra a mulher, como também promoveu a harmonização da legislação brasileira com a legislação internacional de proteção contra a violência de gênero (PIOVESAN, 2012).

No âmbito da legislação trabalhista, pode-se elencar a proteção dos direitos reprodutivos da mulher nas previsões sobre a proteção do trabalho da mulher dispostas no Título III, Capítulo III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O referido diploma legal prevê, ainda, a proteção da maternidade, a proteção contra a rescisão contratual em razão de matrimônio ou gravidez, a licença maternidade, a garantia de locais adequados para a amamentação, entre outros²².

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também prevê a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, garantindo a proteção da integridade física e moral da criança e do adolescente (artigos 3º, 5º, 7º e 15); a proteção destes contra a exposição à programação de natureza obscena ou pornográfica (artigos 74 a 79); a proteção contra a pornografia infantil (artigos 240 a 241-E); a possibilidade de aplicação de

21 Sem dúvida, o aborto é um dos temas de maior relevância para a discussão atual dos direitos sexuais e reprodutivos haja a vista que confronta o suposto direito à vida do feto e os direitos à liberdade, autonomia e saúde reprodutiva da mulher, bem como ao planejamento familiar. Ainda assim, a discussão jurídica sobre o tema é permeada por fundamentos morais e pela influência da opinião pública sobre o tema.

22 O artigo 223-C da CLT reafirma a proteção da honra, da imagem, da intimidade, da saúde, da integridade física e da sexualidade reconhecendo que os mesmos são bens juridicamente tutelados pela legislação trabalhista em razão de inerentes à pessoa física. Além da CLT, diversas leis trabalhistas esparsas protegem os direitos sexuais e reprodutivos, como a Lei nº 9.029/1995 que proíbe a exigência de atestado de gravidez ou esterilização como requisito de admissão ou permanência no trabalho.

medida cautelar de afastamento do lar em casos de maus-tratos, opressão ou abuso sexual (artigo 130); entre outros²³.

Assim, verifica-se que a previsão dos direitos reprodutivos na ordem jurídica brasileira além de vasta, envolve diversos âmbitos (desde os diversos tratados internacionais à legislação constitucional, penal, cível, trabalhista, entre outras), o que caracteriza sua formação complexa tanto enquanto direitos de defesa como enquanto direitos sociais.

Contudo, a Plataforma Política Feminista aprovada na Conferência Nacional de Mulheres Brasileiras em 2002 identificou que os direitos reprodutivos encontram uma série de desafios, dos quais destacam-se: a garantia da laicidade do Estado brasileiro; os obstáculos na luta por direitos civis, sociais, sexuais e reprodutivos da população LGBTQI+; os obstáculos à descriminalização e legalização do aborto; e as influências da violência de gênero (especialmente a sexual e doméstica) na liberdade sexual e reprodutiva das mulheres.

4. DESAFIOS PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NO BRASIL

Além dos empecilhos de ordem social, moral, ideológica e de gênero à efetivação dos direitos humanos fundamentais das mulheres no Brasil, observa-se que a questão da efetividade dos direitos reprodutivos envolve problemas de ordem jurídica e política.

Ou seja, seria incoerente e anacrônica a análise do plano formal e dogmático dos direitos reprodutivos sem a compreensão dos obstáculos que perpassam as decisões sobre fontes e destinação de recursos para o custeio dos direitos humanos, fundamentais e sociais. Tais decisões, atualmente, tem colocado em xeque os próprios fins e objetivos do Estado Liberal, em um contexto desde o começo do século XXI de progressivo “desmonte’ do Estado de bem-estar social em favor das concepções de um Estado-mínimo, inteiramente subjugado pelas regras de mercado” (MACHADO,

23 Nota-se que o ECA prevê, ainda, a proteção dos direitos da criança inerentes à proteção dos direitos sexuais e reprodutivos da gestante (artigos 8º à 10), bem como a garantia de condições adequadas de aleitamento materno (artigo 9º). Nesse sentido, a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984) também assegura, em seu artigo 14, § 3º, o acompanhamento médico adequado à gestante em regime prisional, principalmente em relação ao pré-natal e pós-parto; bem como em seu artigo 82, §2º, a instalação de berçários em estabelecimentos prisionais destinados às mulheres; entre outros.

2017, p. 105).

Ou seja, além dos desafios de ordem dogmática ou relativos aos planos material, formal e conceitual dos direitos reprodutivos, o paradigma econômico neoliberal impõe desafios de ordem econômico-financeira à efetividade desses direitos.

Nesse sentido, além dos problemas ligados à eficácia geral e jurídica dos direitos fundamentais,

(...) em contextos sociopolíticos periféricos, como é o caso do Brasil e de todos os países latino-americanos, ou seja, em contextos de opressão e desigualdades sociais, econômicas e culturais, a questão da efetividade dos direitos fundamentais é reconhecidamente um problema mais complexo, constituindo-se numa questão eminentemente política que desafia os limites do direito e a ciência dos juristas (MACHADO, 2017, p. 93).

A despeito dos obstáculos à efetivação dos direitos reprodutivos das mulheres pelo Estado brasileiro, é importante ressaltar que as reivindicações democráticas dentro de um marco legal afirmam um patamar mínimo de organização das relações sociais, exigindo-se “do Estado e, portanto, das instituições do Poder Público, garantias para que todas e cada uma das pessoas possam exercer livremente seus direitos reprodutivos, situados no marco político-conceitual dos direitos humanos” (OLIVEIRA, 2009, p. 36).

Atualmente, o discurso conservador sobre os direitos reprodutivos impera no âmbito legislativo e executivo, produzindo resultados nefastos em relação aos direitos humanos das mulheres. Em certa medida, os discursos conservadores e repressores dos direitos reprodutivos se refletem na tutela jurisdicional sobre o tema.

Alguns exemplos dessa questão são: a polêmica da exclusão do termo “violência obstétrica” das normas de saúde reprodutiva pelo Ministério da Saúde brasileiro em 2019; bem como a cruzada ultraconservadora do governo brasileiro na ONU que, em 2020, tem militado junto a países com ideologia ultraconservadora e fundamentalista pelo veto a inclusão do termo “educação sexual” em resoluções na ONU contra a discriminação de mulheres e meninas, bem como oposição ao termo “saúde sexual e reprodutiva” em textos que incentivam o banimento da mutilação sexual feminina; entre outros.

Contudo diversas conquistas foram alçadas através das lutas dos movimentos de mulheres – em especial a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

(ADPF) nº 54 de 2012 que tornou desnecessária a autorização judicial para o aborto no caso de fetos anencéfalos.

CONCLUSÕES

A partir do estudo teórico e bibliográfico sobre o tema, verificou-se que a construção histórica e conceitual dos direitos reprodutivos está inserida em um longo processo de enfrentamentos jurídico-políticos dos movimentos de mulheres face às discussões, especialmente a partir das décadas de 1970 e 1980 no âmbito das Nações Unidas, sobre controle demográfico e de natalidade.

No Brasil, e na América Latina como um todo, os desafios e obstáculos à positivação e efetivação dos direitos reprodutivos ainda levam em conta as desigualdades estruturais de classe, raça, gênero e etnia que remontam à colonização brasileira.

Ademais, em razão da genealogia recente dos direitos reprodutivos, sua abordagem pela Ciência Jurídica é ainda timidamente referenciada pela doutrina, em especial brasileira, sobre o tema. Além disso, o discurso conservador sobre os direitos reprodutivos impera no âmbito legislativo e executivo, produzindo resultados nefastos em relação aos direitos humanos das mulheres que também se refletem na tutela jurisdicional do tema.

Contudo, a despeito dessas questões, a proteção e promoção dos direitos reprodutivos está devidamente assentada no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a mera positivação destes direitos não garante a efetividade destes. Sendo assim, verifica-se que o problema fundamental dos direitos sexuais e reprodutivos no ordenamento jurídico brasileiro não é tanto justificá-los, mas de protegê-los no campo político.

Por fim, tendo em vista a constatação de que estes direitos foram pensados e reivindicados pelas mulheres, a partir das lutas dos movimentos de mulheres, conclui-se que as normas internas e internacionais de direitos reprodutivos não se tratam de meras abstrações normativas, mas sim de dados históricos conquistados através de lutas e mobilizações.

Portanto, efetivá-los depende não apenas do reconhecimento da contribuição dos movimentos de mulheres na posituação destes direitos, mas também da luta histórica, anticapitalista, anticolonialista e dialógica de todos os defensores dos direitos humanos e fundamentais em torno dos direitos humanos das mulheres.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Mariana Porto Ruwer de; NOGUEIRA, Conceição. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 17, n.3, p. 101-112, Set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v17n3/11.pdf>. Acesso em 29/01/2021.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos da Constituição Federal de 1988 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Voto do Relator. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Julgado em: 09/04/2012. Publicação em: 14/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 05 jan. 2021.

CAMPOS, Carmen Hein de; OLIVEIRA, Guacira Cesar de. **Saúde Reprodutiva das Mulheres – direitos, políticas públicas e desafios**. Brasília: CFEMEA. Fundação H. Boll, Fundação Ford, 2009. (Coleção 20 anos de cidadania e feminismo). Disponível em: http://www.cfemea.org.br/images/stories/publicacoes/colecao20anos_saudereprodutivadasmulheres.pdf. Acesso em 29 nov. 2020.

CELANTANI, Francesca Gargallo. **Feminismos desde Abya Yala. Ideas y proposiciones de las mujeres de 607 pueblos en nuestra America**. 1. ed. digital. Ciudad de México: Editorial Corte y Confección, 2014. Disponível em: <https://francescagargallo.wordpress.com/ensayos/librosdefg/feminismos-desde-abya-yala/>. Acesso em: 29 nov. 2020.

COMISSÃO ORGANIZADORA DA CONFERÊNCIA NACIONAL DE MULHERES BRASILEIRAS. **Plataforma Política Feminista**. Brasília, 2002.

CORRÊA, Sônia. Cruzando a Linha Vermelha: questões não resolvidas no debate sobre direitos sexuais. **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 101-121, jul./dez. 2006. ISSN 1806-9983. doi: <https://doi.org/10.1590/S0104-71832006000200005>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-71832006000200005&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 24 nov. 2020.

CRENSHAW, Kimberlé Williams. Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color. **Stanford Law Review**, Vol. 43, No. 6 (Jul., 1991), pp. 1241-1299. Disponível em: https://sph.umd.edu/sites/default/files/files/Kimberle_Crenshaw_Mapping_the_Margins.pdf. Acesso em 29 jul. 2020.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales**. In: RÚBIO, David Sánchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Orgs.). **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. 2ª ed. Porto Alegre: Editora PUC-RS. p. 72-109, 2010.

LUGONES, María. Colonialidad y Género. **Tabula Rasa**. Bogotá, nº 9, p. 73-101,

julio-diciembre 2008. ISSN 1794-2489. Disponível em: <https://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em 29 jul. 2020.

LUGONES, María. Rumo a um feminismo decolonial. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set. 2014. ISSN 1806-9584. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/36755/28577>. Acesso em 29 jul. 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/%x>.

MACHADO, Antônio Alberto. **Elementos de teoria dos direitos fundamentais**. 1 ed. São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2017.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **Sur, Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 5, n. 8, p. 61-83, jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 21 ago. 2020. doi: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452008000100004>.

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana para a Prevenção, Punição e Erradicação da Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”)**, 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>. Acesso em: 01 fev. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW)**, 1979. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf. Acesso em: 01 fev. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres**. Resolução 48/104, de 20 de dezembro de 1993a. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/48/104. Acesso em: 01 fev. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração e Programa de Ação de Viena**. Viena, 1993b. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx>. Acesso em: 01 fev. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Conferência Internacional sobre Populações em Desenvolvimento**. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em 01 fev. 2021.

ONU – Organização das Nações Unidas. Plataforma de Ação de Pequim. **Declaração**

e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Pequim, 1995. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_beijing.pdf. Acesso em 01 fev. 2021.

PATRIOTA, Tânia. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo 1994. In: FROSSARD, Heloisa (org.). **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006, p. 33-137.

PEGORER, Mayara Alice Souza. **Os direitos sexuais e reprodutivos da mulher: das políticas públicas de gênero à diferença múltipla.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Integrando a perspectiva de gênero na doutrina jurídica brasileira: desafios e perspectivas. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 317-327.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson Ricardo Buquetti. A proteção dos direitos reprodutivos no direito internacional e no direito interno. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328-358.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas.** Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 117-142. (Colección Sur Sur). ISBN 987-1183-24-0. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sursur/20100624103322/12_Quijano.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad/Racionalidad. **Revista del Instituto Indigenista Peruano**, vol. 13, n. 29, Lima, 1992, pp. 11-20. Disponível em: <https://www.lavaca.org/wp-content/uploads/2016/04/quijano.pdf>. Acesso em 29/07/2020.

VIOTTI, Maria Luiza Ribeiro. Apresentação à Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher - Pequim, 1995. In: FROSSARD, Heloisa (org.). **Instrumentos Internacionais de Direitos das Mulheres.** Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2006, p. 147-258.

DEFINIÇÃO DE LIMITES À DURAÇÃO DO TELETRABALHO E FOR MAS DE INDENIZAÇÃO DOS DANOS IMATERIAIS

*DEFINITION OF LIMITS TO THE DURATION OF TELETRAVEL AND WAYS
OF INDEMNIFICATION OF IMMATERIAL DAMAGE*

Gustavo Frizon Auler²⁴

24 Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal de Santa Maria. Membro integrante do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq sob o título Trabalho Assalariado e Capital. E-mail: gustavofrizonauler@gmail.com

RESUMO: Com a reestruturação do sistema produtivo capitalista, acompanhada de uma nova matriz científico-tecnológica, criaram-se condições para a realização do denominado teletrabalho. O período de trabalho passa a invadir o tempo livre do trabalhador. Desse modo, mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, em 2017, buscam, segundo justificativa patronal, contemplar esse novo cenário. Nesse sentido, procura-se examinar, de acordo com o ordenamento jurídico, as possibilidades de fixar limites à duração do tempo de trabalho e inibir a intensificação da jornada laboral, bem como investigar a viabilidade de indenização dos danos advindos da realização de uma jornada de trabalho intensificada. Considerando as respostas obtidas nessa pesquisa, infere-se existir um conjunto de preceitos normativos constitucionais que afluem no instituto do Direito à Desconexão, de modo a permitir a desvinculação total nos períodos de não-trabalho e impedir a exclusão do regime de teletrabalho das garantias concernentes à duração do trabalho. Não assegurada essa garantia, a indenização por dano existencial advém como forma de compensar a lesão aos interesses imateriais decorrentes da intensificação da jornada de trabalho, considerando-se todos os elementos capazes de tornar a pessoa plena e proporcionar uma vida em sociedade efetivamente saudável.

Palavras-chave: Teletrabalho. Limitação do Tempo de Trabalho. Direito à Desconexão. Indenização do Dano Existencial.

ABSTRACT: With the restructuring of the capitalist productive system, accompanied by a new scientific-technological matrix, accompanied by a new scientific-technological matrix, the conditions were created for the realization of the so-called telework. The working period starts to invade the worker 's free time. In this way, changes in Consolidation of Labor Laws, in 2017, seek, according to employer's justification, to contemplate this new scenario. In this sense, we seek to examine, according to the legal system, how to set limits on the length of working time and inhibit the intensification of working hours, as well as investigating the feasibility of compensating for damages arising from intensified working hours. Answer to the answers in this research, it is inferred that there is a set of constitutional normative precepts that flow into the institute of the Right to Disconnect, in order to allow total untying in periods of non-work and to prevent the exclusion of the teleworking regime from guarantees to duration of work.

If this guarantee is not guaranteed, the indemnity for existential damage comes as a way to compensate the injury to immaterial interests resulting from the intensification of the working day, considering all the qualified elements of making the person full and providing a healthy life in a healthy society.

Keywords: Teleworking. Limitation of Working Time. Right to Disconnect. Compensation for Existential Damage.

INTRODUÇÃO

Profundas alterações permeiam as formas de organização produtiva, dando ensejo à novos conflitos nas relações trabalhistas. Dado o contexto histórico de seu surgimento, a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, procurou organizar a produção industrial em sua forma clássica, ou seja, com base no modelo fabril taylorista/fordista. Assim, está fundamentada na ideia de produção rígida, centralizada em um local específico e com hierarquia verticalizada, no qual o controle do tempo era um aspecto central das preocupações de empregadores e empregados, pois determinava a influência patronal na vida do trabalhador e servia para mensurar a qualidade e quantidade da prestação de serviços desse assalariado.

Entretanto, a partir da metade do século XX, esse paradigma de organização se tornou ultrapassado, de forma a embasar uma reestruturação produtiva. Crises na acumulação de capital atingiram os pilares do sistema taylorista/fordista, motivando a superação desse modelo a partir de dois alicerces centrais. No que concerne a gestão do trabalho, buscou-se adotar o padrão toyotista de organização produtiva e, assim, suplantando o formato anterior delegando funções de supervisão da produção aos próprios trabalhadores, o que se denominou como maior autonomia conferida aos trabalhadores. Portanto, a direção direta do empregado se tornou dispensável e os limites da duração trabalho se dissolveram, o controle acabou internalizado pelos trabalhadores e a fiscalização da execução das tarefas passou a ocorrer por serviço finalizado (PINTO, 2007, p.45).

Juntamente a isso, a reestruturação produtiva beneficiou-se de uma mudança na matriz tecnológica-científica, alcançada com o advento das novas tecnologias de

informação e comunicação. Estas possibilitaram o desempenho de atividades à distância através do uso de instrumentos que facilitam a comunicação, mas por outro lado, possibilitam a sobreposição do período de trabalho ao tempo livre (não-trabalho) do empregado. Em repercussão a esse cenário, surgiu uma nova forma de organização do trabalho, o teletrabalho, tema do presente estudo (ANTUNES e BRAGA, 2009, p. 09).

Decorrente desse contexto, a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) almejou modificar o direito trabalhista pátrio para adaptá-lo à reestruturação produtiva. Assim, a CLT passou a regulamentar expressamente o teletrabalho, excluindo aqueles que laboram nessa modalidade do regime previsto no capítulo referente à duração do trabalho. Poderiam estar agora, sob certo ponto de vista, sujeitos a trabalhar sem limite temporal definido, situação tendente a trazer diversos prejuízos à uma existência digna do teletrabalhador.

Portanto, imperiosa a análise de institutos jurídicos e a construção de marcos teóricos capazes de garantir uma existência digna ao teletrabalhador, haja vista a manifesta necessidade de limitar o tempo de trabalho e a interferência ilícita do empregador nos momentos de não-trabalho, obstando a ocorrência dos danos existenciais e, caso contrário, garantindo a indenização desses.

Nesse sentido, investiga-se a possibilidade de estabelecer marcos jurídicos aptos a inibir a sujeição do teletrabalhador a jornadas de trabalho extenuantes e sem limitação temporal definida. Posteriormente, busca-se analisar a viabilidade jurídica da indenização dos possíveis danos decorrentes da intensificação da duração do trabalho.

Para tanto, o método de abordagem utilizado no presente trabalho é o método dedutivo, pois através do estudo sistêmico do ordenamento jurídico e dos institutos jurídicos hábeis a garantir a efetividade das normas e princípios aplicáveis a todos trabalhadores, procurou-se solucionar o questionamento de haver ou não limites à duração do teletrabalho.

1. DURAÇÃO TEMPORAL DO TELETRABALHO

Diante dessas reflexões, busca-se agora examinar o conjunto de problemas relacionados à garantia da limitação da duração do tempo de trabalho e dos períodos de descanso do teletrabalhador, porquanto no atual cenário os conceitos de espaço e tempo perdem os contornos demarcados pelo clássico padrão da relação de emprego.

A questão da administração do tempo é aspecto crucial na história do trabalho humano, marcando um dos pontos de maior conflito entre empregadores e empregados. No desenrolar das transformações sociais, várias foram as lutas dos trabalhadores para se alcançar uma limitação da duração do trabalho, de modo que este pudesse ser condizente com as capacidades físicas dos assalariados.

Assim, segundo Magno Luiz Barbosa (2017, p. 66) podem ser delineados quatro fundamentos basilares para a limitação do tempo de trabalho. O primeiro corresponde à questão psicofisiológica, que busca evitar a fadiga física e mental para preservar a saúde do trabalhador, existindo atividades específicas que justificam um tempo de labor inferior ao ordinário, a exemplo das atividades insalubres. O segundo fundamento é social, visando garantir ao empregado o convívio familiar e comunitário, em todos os níveis de interação social, como as atividades religiosas, políticas, culturais, entre outras. O terceiro ponto é essencialmente econômico, sendo um dos sentidos atribuídos a esse fundamento o problema da empregabilidade, pois, havendo uma duração estendida do trabalho, conseqüentemente menos pessoas serão contratadas.

Ademais, ressalta que o trabalho de longa duração tende a ocasionar uma produção de menor qualidade, com os resultantes prejuízos financeiros; além de que pode impactar no adoecimento do trabalhador e impor elevados encargos financeiros ao setor previdenciário do poder público. Ainda, elenca o quarto fundamento para a limitação em um fator humanitário. De modo a resguardar a dignidade do obreiro, é preciso afastar jornadas de trabalho capazes de o expor frequentemente aos riscos dos acidentes de trabalho, situação que poderia eventualmente ocasionar invalidez ou morte. (BARBOSA, 2017, p. 66)

Consequentemente, face a essa perspectiva sociológica, gradualmente a limitação no tempo de labor foi ganhando destaque no mundo do trabalho a partir dos conflitos de classe, com a posterior intervenção do Estado visando normatizar o tema. Conforme Jaques Atalli (COLUMBU; MASSONI, 2017, p. 21), o poder está relacionado à possibilidade de distribuição do tempo dos outros, de modo que ordem social e medida de tempo estão imbricadas, uma vez que a estrutura econômica e das classes está fundada também na regulação de uso do tempo.

A percepção da duração do trabalho no período inicial da industrialização era de que as horas fora do trabalho seriam tempo perdido, algo que resultou logicamente na extensão da jornada ao limite da extenuação física, aliado ao fato de que a preocupação política era estabelecer um tempo mínimo de labor com o intuito de manter os níveis de produção e vinculação da vida dos indivíduos às demandas produtivas. (COLUMBU; MASSONI, 2017, p. 23)

No período que se seguiu à Revolução Industrial na Inglaterra, dentre as principais reivindicações dos trabalhadores estava a redução do tempo laboral, em razão da situação de extrema exploração vigente na época. As primeiras garantias teriam iniciado no ano de 1802 por meio do estabelecimento da redução da jornada diária para doze horas de trabalho, com o movimento Salvemos os Menores – *Moral and Health Act*. Então, pouco a pouco, a limitação foi se estabelecendo a partir do impulso inicial inglês, ao que foi fixado em 1847 a primeira limitação geral de dez horas de trabalho. Em seguida, esse movimento se alastrou para França e, nos Estados Unidos, ganhou força a reivindicação da limitação fixada em oito horas diárias a partir do Congresso Geral dos Trabalhadores Norte-Americanos. (BARBOSA, 2017, p. 67)

Esse cenário culmina na publicação nos EUA, em 1868, da primeira norma fixando a duração do trabalho em oito horas diárias; observando-se, na sequência, uma limitação da jornada diária também em países como Áustria e Suíça. No século XX, a partir de 1915, o padrão diário de oito horas se generalizou para a maior parte dos países capitalistas. Sobreveio o advento do Tratado de Versalhes e a criação da OIT em 1919, promulgando-se a Convenção n. 1 (Convenção sobre as Horas de Trabalho), que definiu estar a regulação do tempo laboral na gênese do Direito do Trabalho e estabeleceu no art. 2º:

Em todos os estabelecimentos industriais, público ou particulares, e suas dependências, de qualquer natureza que sejam, e com exclusão daqueles em que se achem apenas empregados membros de uma mesma família, o período de trabalho do pessoal não poderá exceder oito horas por dia e quarenta e oito por semana [...] (OIT, 1919).

A saúde e a segurança dos trabalhadores não foram os únicos objetivos subjacentes à essa norma, havia juntamente a preocupação no sentido de assegurar o tempo adequado de ócio e lazer (COLUMBU; MASSONI, 2017, p. 23).

Um grande ponto de destaque foi a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela resolução n. 217 A (III) na Assembleia Geral das Nações Unidas. Inspirada nas teorias filosóficas contratualistas, determinou no art. XXIV que “toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas” (ONU, 1948).

No ano de 1958 a OIT se posicionou sobre o tempo necessário de lazer, preceituando que para os trabalhadores, a extensão e a aplicação generalizada da jornada de oito horas significavam uma reforma de valor incomparável: uma oportunidade de participar da distribuição da nova riqueza gerada pela indústria moderna e de receber tal participação na forma de horas de lazer (COLUMBU; MASSONI, 2017, p. 23).

No que concerne o cenário brasileiro, cabem algumas asserções. Ressalta-se que em 1891 o decreto n. 1313 limitou a nove horas diárias o trabalho de menores do sexo masculino e a sete horas para os do sexo feminino, com vigor no Distrito Federal. Com a Era Vargas, a legislação trabalhista ganha expressão, sendo que entre os anos 1932 e 1940, a intervenção estatal ocasionou a promulgação de diversos decretos limitando o tempo de trabalho de acordo com categorias específicas de trabalhadores (BARBOSA, 2017, p. 68).

No plano constitucional, as cartas políticas de 1934, 1937, 1946 e 1967 já determinavam limitação de oito horas diárias. Quanto à CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452 em 1º de maio de 1943, esta fixou o trabalho em oito horas ao dia. No ano de 1988, promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, a duração semanal de trabalho foi definida em 44 horas (BARBOSA, 2017, p. 68).

Ademais, a respeito do que é considerado tempo de trabalho para fins de determinação da jornada, a legislação brasileira atual estabelece que o tempo de serviço efetivo se relaciona à disponibilidade do empregado ao seu empregador, independen-

te da execução ou não das tarefas, conforme os artigos 4º; 238; 309 e 492, parágrafo único, da CLT. Assim, doutrinariamente se entende que a disponibilidade engloba a prestação efetiva de trabalho, a disposição de prestá-lo, bem como a expectativa de ser convocado para o serviço²⁵; portanto, nesses períodos o assalariado será remunerado conforme seja o caso, citando-se os exemplos do regime de prontidão ou de sobreaviso. (COLUMBU; MASSONI, 2017, p. 24)

Isto posto, no ano de 2017 foram impostas significativas mudanças tanto no direito material quanto processual do trabalho. A chamada Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), aprovada no Congresso Nacional de forma célere e dissociada de qualquer discussão mais ampla e democrática com a sociedade civil, se propôs a superar o suposto anacronismo das normas então vigentes, com vista a uma suposta modernização e adaptação à realidade contemporânea. Apesar de todas essas premissas genéricas, como já se demonstrou, a justificação ideológica e subjacente dessas alterações são justamente adaptar e enfraquecer a relação de emprego aos moldes do que exige o avanço neoliberal e o modelo toyotista de organização, retirando direitos trabalhistas conquistados historicamente.

Em meio as diversas mudanças trazidas pela Reforma, coloca-se em ressaltado a inovação do inciso III, do art. 62 da CLT:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial;

III - os empregados em regime de teletrabalho. (BRASIL, 1943)

Anteriormente, afluíam na doutrina duas posições antagônicas. Se com o advento da Lei n. 12.551/2011 estavam solidificadas as condições para considerar existente o vínculo empregatício nas relações de teletrabalho, ainda havia aqueles que entendiam serem os teletrabalhadores executantes de atividade externa não sujeitos ao controle de horário (art. 62, I, CLT). Outros, contrariamente, concluíam pela pos-

²⁵ Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada (BRASIL, 1943).

sibilidade de fixação do controle ante o previsto no parágrafo único, art. 6º, da CLT.

Veja-se, com a Lei 13.467/2017, intencionou-se dar um fim à essa controvérsia. De forma sintética, o teletrabalhador está a partir de agora, pelo menos sob a perspectiva da CLT, adstrito às mesmas consequências jurídicas a que se submetem os gerentes (art. 62, II, CLT) e os exercentes de atividades externas incompatíveis com a fixação de horário de trabalho. Estão, pois, excluídos do Capítulo da “Duração do Trabalho” que compreende as Seções “Da Jornada de Trabalho” e “Dos Períodos de Descanso”; por consequência, as normas trabalhistas infraconstitucionais não mais garantem direito às horas extras, limitação da duração do tempo de trabalho e todos os períodos de descanso, tais quais os intervalos os intervalos entre jornada e intra-jornada, assim como o descanso semanal (hebdomadário).²⁶

Desse panorama emana a convicção de que existe uma tendência em curso de adaptação das regulamentações legais ao modelo de organização flexível do trabalho. As normas de proteção dos trabalhadores (CLT) teriam sido erigidas com base no modelo fabril taylorista-fordista, o qual implica em um particular controle sobre o tempo por meio da gerência científica. Portanto, o tempo de labor funcionava como uma referência objetiva para aferir a influência patronal na vida do assalariado e avaliar a prestação de serviços deste.

Contemporaneamente a desconcentração e a flexibilização diluíram essas referências temporais; a percepção do tempo e espaço hoje não encontra precedentes em tempos passados, há um esvaziamento dessas noções identificável na ideia de

²⁶ Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.”

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.

[...]

Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso.

Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

[...]

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas. (BRASIL, 1943)

trabalho em qualquer lugar ou momento. As formas hodiernas de gestão desenvolvidas a partir do toyotismo buscam a internalização pelo trabalhador do controle externo, de sorte que haja um aumento no ritmo, uma intensificação na concentração ao trabalho e na motivação para o auto aperfeiçoamento, sem correspondentes ganhos salariais.

À primeira vista pode-se supor incongruente a presença do inciso III no art. 62 da CLT atual, posto que a própria Consolidação exterioriza a existência de subordinação jurídica e a formação de vínculo empregatício nas relações de teletrabalho (art. 6º, parágrafo único e art. 75-A, ambos da CLT). Em meio a isso, alguns autores (MELO, 2017, p118) afirmam que a nova norma celetista está em descompasso com a realidade tecnológica atual, ante a ampliação da possibilidade de fiscalização do trabalho que os meios informatizados de comunicação permitem. Não parece a conclusão mais acertada, porquanto não há verdadeiramente uma contradição; ao contrário, estas mudanças denotam claramente a convergência da legislação à tendência de flexibilização e precarização da relação de emprego no mundo do trabalho, de forma a deixar à cargo do empregado o controle do tempo laboral.

2. INIBIÇÃO E INDENIZAÇÃO DOS DANOS IMATERIAIS AO TELETRABALHADOR

No intuito de melhor compreender a tentativa de definir mecanismos jurídicos apropriados à inibição e indenização dos danos aos interesses imateriais do teletrabalhador, é substancial demonstrar a correlação existente entre valorização da proteção da pessoa humana e consolidação dos Direitos Fundamentais, sobretudo os Direitos de Personalidade.

O reconhecimento de um valor intrínseco ao ser humano encontra sua matriz nas concepções de dignidade, igualdade e liberdade, advindas da influência da filosofia clássica e do pensamento cristão. O destaque dado aos elementos essenciais à concretização da plenitude do indivíduo e necessários à formação e defesa de seus interesses repercutiu nos ordenamentos jurídicos, de tal sorte que, no âmbito do direito constitucional, foram alçados à condição de Direitos Fundamentais. (SARLET, 2001, p. 40)

Assim, estes Direitos Fundamentais se consolidaram como objetivo crucial dos regimes políticos democráticos, visando assegurar uma convivência humana livre, justa e digna. Nesse sentido:

[...] pode-se definir direitos fundamentais como os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça (ROMITA, 2005, p. 36).

Entende-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como elemento fundante, informador e unificador dos Direitos Fundamentais, além de ser uma das bases do Estado Democrático de Direito, conforme expressa previsão do inciso III, do art. 1º, da Constituição Federal de 1988. Serve, então, como componente orientador do processo de interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais (LORA, 2013, p. 13).

Originalmente, os direitos fundamentais eram concebidos como direito de defesa do cidadão perante as interferências prejudiciais do Estado, o qual deveria respeitar o núcleo básico de liberdades individuais. A essa condição se denominou Eficácia Vertical dos Direitos Fundamentais, necessária face aos poderes de autoridade do Estado e de sua superioridade perante o cidadão, consubstanciando uma reação ao poder das monarquias absolutistas. No plano jurídico objetivo, os Direitos Fundamentais de defesa se referiam à normas de competência negativa para os poderes do Estado, já no plano jurídico subjetivo, significavam a possibilidade de exercer positivamente os Direitos Fundamentais e de exigir abstenções do Poder Público (LORA, 2013, p. 14).

No entanto, o desenvolvimento na complexidade das relações sociais propiciou o surgimento de diversas organizações na órbita privada, as quais detinham grande parcela de poder e, assim, nas relações jurídicas entre particulares, estava instaurada a verticalidade, a desigualdade e a sujeição. Demonstrada, portanto, a insuficiência do dever de abstenção e a necessidade da chamada vinculação positiva dos poderes estatais, fundamentando a adoção da teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. A partir de então, o Poder Público deveria adotar ações visando a preservação dos direitos e garantias dos indivíduos, efetivando o modelo de Estado Social. Em razão disso, superou-se a separação entre Direito Constitucional e Direito Privado, provocando, como decorrência da força normativa da constitui-

ção, a inserção dos Direitos Fundamentais no âmbito das relações entre particulares (LORA, 2013, p. 16).

Quando se observa a finalidade máxima dos Direitos Fundamentais, de garantir a total autonomia e dignidade aos indivíduos, compreensível a aplicação desses direitos em todas as hipóteses capazes de os transgredir, sendo irrelevante se a conduta provém de um ato do poder público ou privado. Assume destacada relevância a horizontalização dos Direitos Fundamentais no âmbito laboral, ante a subordinação jurídica do empregado. Os poderes de organização, fiscalização e disciplina demonstram a assimetria de poder na relação de emprego, algo capaz de fomentar a exacerbação das faculdades próprias da prerrogativa de direção do trabalho que possui o empregador, estando os Direitos de Personalidade entre os mais afetados nessa situação (LORA, 2013, p. 16).

Sendo os Direitos Fundamentais intrínsecos à condição de ser humano, reconhecidos no espectro internacional e positivados na Lei Fundamental de um país, refletem conquistas da humanidade e por isso, possuem um núcleo duro. Este, em eventual conflito, não pode ser violado, acarretando na necessidade do método de ponderação de bens. A limitação da jornada de trabalho, a proteção da saúde física e mental do indivíduo e a preservação de sua dignidade são direitos positivados na Constituição Federal do Brasil, juntamente com a livre iniciativa.

A despeito disso, em ocasional conflito entre esses direitos, o núcleo duro de cada um deles deve prevalecer, com base no Princípio da Interpretação *Pro Homine*. Assim, a violação do limite legal de duração do trabalho deve ser obstada e indenizada, uma vez que a livre iniciativa encontra sua fronteira em diversos outros Direitos Fundamentais do trabalhador (LORA, 2013, p. 13).

Enquanto consequência do reconhecimento da dignidade humana, observou-se o fortalecimento da proteção aos Direitos de Personalidade. Para estabelecer um paralelo, Direitos Fundamentais são primordiais ao desenvolvimento da pessoa, enquanto Direitos de Personalidade são os atributos componentes da pessoa.

A convicção da necessidade de maior proteção à pessoa tem seu âmago definido por acontecimentos marcantes na história humana. A Revolução Industrial deu início a um aumento da complexidade nas relações intersubjetivas e das possibilidades de ocorrerem lesões à esfera alheia, algo que atrelado ao avanço tecnológico

e à globalização, fez surgir uma conscientização acerca da imprescindibilidade da proteção dos interesses materiais e imateriais do ser humano. Congregado a isso, destacam-se mudanças culturais ocasionadas pelas duas Guerras Mundiais e pelos regimes totalitários, conjunto de circunstâncias que somadas ocasionaram a propagação da ideia do indivíduo como ser íntegro, digno e capaz e da pessoa como sujeito de direitos irrenunciáveis. (SOARES, 2009, p 26)

Nessa conjuntura, ganharam destaque os Direitos de Personalidade no mundo jurídico, de modo a compor uma categoria autônoma. Ao mesmo tempo houve um quadro de reconfiguração das normas constitucionais chamado de interdisciplinaridade das constituições, que passaram a conter dispositivos que tratavam de assuntos muito além da mera organização estatal. No âmbito nacional brasileiro, observou-se com o fim do período militar e retorno ao regime democrático, uma virtuosa acedência na defesa dos Direitos Fundamentais, sobretudo dos atinentes à personalidade. Logo, após anos de desrespeito e aviltamento à própria condição humana, essas prerrogativas ficaram estampadas no art. 5º da Constituição Federal (SOARES, 2009, p 36).

No que toca às características dos Direitos de Personalidade, entende-se que em regra possuem eficácia absoluta, são intransmissíveis, irrenunciáveis e extrapatrimoniais. Se qualificam ainda pela oponibilidade contra todos, contanto que não sejam desrespeitados direitos de categorias semelhantes ou superiores, situação que ensejará o uso da ponderação a partir da análise as circunstâncias concretas. Não há uma enumeração taxativa dos Direitos de Personalidade pois, da mesma forma que os Direitos Fundamentais, há possibilidade de ampliação de sua significação conforme o local e o momento histórico vivenciado. Dentro disso, pode-se compreender que englobam os direitos atrelados à integridade física, como o direito à vida e ao próprio corpo, bem como os relacionados à integridade moral, tendo-se por exemplo a honra, liberdade, imagem, identidade. (SOARES, 2009, p. 38).

2.1 DIREITO À DESCONEXÃO

O Direito à Desconexão pode se constituir em um instituto jurídico apto a oferecer algumas respostas à indagação da inexistência de limitação da duração do teletrabalho. Frente à probabilidade de sobreposição entre o tempo livre (não-trabalho)

e o período de labor, tanto mais pela configuração da atual legislação trabalhista, é imprescindível pensar em um mecanismo que efetive a liberação do teletrabalhador nos momentos de afastamento legalmente estabelecidos.

Jorge Luiz Souto Maior (2003, p. 12), ao abordar o direito do homem de não trabalhar, afirma que relacionar as tecnologias atuais de comunicação e o trabalho humano demonstra algumas contradições presentes no mundo do trabalho. A primeira contradição se revela na procura pela desconexão do trabalho em uma sociedade na qual a preocupação com o desemprego é uma constante. A segunda é que, se por um lado, o avanço tecnológico poderia roubar o trabalho do homem, por outro, a tecnologia tem na verdade escravizado este. A terceira constatação é de que, enquanto a tecnologia permite uma facilidade de estar informado, paralelamente impõe a necessidade de se manter atualizado para não perder espaço no mercado de trabalho. Por fim, outra contradição seria o fato de que, sob o prisma filosófico e jurídico, o trabalho dignifica o homem, porém, também é o mesmo que retira essa dignidade ao adentrar na vida privada do trabalhador.

Apesar dessas considerações e demais questões filosóficas que se possa apontar para compreender o Direito à Desconexão, este está fundado sobretudo em critérios técnico-jurídicos (SOUTO MAIOR, 2003, p. 13), de modo que se torna possível definir o bem da vida denominado não-trabalho, no sentido de garantir sua preservação e a reparação de sua violação através da tutela jurisdicional.

Sob certa perspectiva, o Direito à Desconexão é entendido como um direito fundamental não enumerado e implícito, deduzido das regras e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988, haja vista esta ter consagrado a ideia de abertura material dos direitos e garantias fundamentais. Isso seria constatado a partir de várias circunstâncias como o reconhecimento dos Direitos Fundamentais de forma esparsa no texto constitucional, o acolhimento de direitos positivados nos tratados internacionais referentes a direitos humanos, e ainda a cláusula inculpada no § 2º, do art. 5º da Carta Política. (SILVA, 2017, p.178)

Por outro lado, há quem considere não constituir o Direito à Desconexão propriamente um novo direito; seria, diferentemente, o reconhecimento de novos conteúdos e funções de diversos direitos já consagrados, a partir de um processo de transmutação hermenêutica e de criação jurisprudencial (OLIVEIRA, 2010, p. 1181).

De toda sorte, acomodam-se dentro desse instituto as variadas hipóteses normativas presentes no ordenamento jurídico nacional e em tratados internacionais, capazes de garantir o período de não-trabalho aos empregados. Como preceitos orientadores, os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e do Valor Social do Trabalho guiam a análise do Direito à Desconexão na qualidade de fundamentos da República Federativa do Brasil:

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:

[...]

II - a dignidade da pessoa humana;

[...]

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (BRASIL, 1988)

De acordo com Christina D'arc Damasceno Oliveira (2010, p. 1181), o Direito à Desconexão se materializa na prerrogativa do trabalhador de não sofrer ingerências, não sendo solicitado ou contatado pelo empregador durante os períodos reservados ao repouso diário, semanal ou anual, por meio das tecnologias de comunicação existentes. Desse modo, o Direito à Desconexão abrange o direito à limitação da jornada e gozo dos períodos de descanso, que lhe permitem, justamente, a vida fora do ambiente de trabalho. Quanto aos períodos de descanso, destaca Jorge Souto Maior:

Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no serviço e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho. Fazer refeição ou tirar férias com uma linha telefônica direta com o superior hierárquico, ainda que o aparelho não seja acionado concretamente, estando, no entanto, sob a ameaça de sê-lo a qualquer instante, representa a negação plena do descanso (SOUTO MAIOR, 2003, p. 17).

A tutela do direito ao descanso se encontra positivada na Constituição Federal, incisos XIII, XV, XVII do art. 7º,²⁷ os quais determinam como Direitos Fundamentais

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

[...]

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;)

[...]

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

de todo trabalhador o repouso semanal remunerado, a limitação da jornada de trabalho e o gozo de férias. Já na esfera infraconstitucional, o descanso está consagrado nos arts. 66 a 72 e 129 a 138 da CLT, que fixam os intervalos interjornada e intrajornada, o descanso semanal remunerado e as férias.

No plano internacional, exemplificativamente, cita-se o já mencionado art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Também, merece destaque o art. 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ratificado pelo Brasil no ano de 1992, através do Decreto n. 591:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

[...]

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados (BRASIL, 1992).

Esses direitos sociais do trabalhador de limitação da duração do trabalho e salvaguarda dos momentos de descanso, se revelam igualmente em um meio de efetivação dos Direitos Fundamentais à saúde, ao lazer, à vida privada, elencados constitucionalmente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:"

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

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).

A exigência de intensificação do ritmo de trabalho mediante o uso das novas tecnologias contribui à ocorrência de danos à saúde física do empregado, pois a fadiga fatalmente incrementa o número de acidentes de trabalho, que já é assombro-

[...]
XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; (BRASIL, 1948)

samente alto no Brasil, bem como contribui para o aparecimento de doenças como LER/DORT. No campo da saúde psíquica, o trabalhador pode estar sujeito a um sofrimento constante a partir da pressão para que invista na qualificação e produza cada vez mais, com maior perfeição e velocidade. Essas situações contribuem para o desenvolvimento de doenças mentais e psicossomáticas como distúrbios do sono, stress, depressão, fadiga, síndrome do pânico, síndrome de Burnout, entre outras. (SILVA, 2017, p.177)

Nesse sentido, as normas concernentes aos períodos de descanso explicitam uma nítida preocupação com a incolumidade física e psíquica do trabalhador, porquanto intencionam a proteção à saúde, higiene e segurança no ambiente de trabalho.²⁸ O direito fundamental à saúde do trabalhador exige tanto do Estado quanto do empregador a abstenção de práticas nocivas e danosas à saúde, bem como a adoção de medidas visando assegurar o mais completo bem-estar físico, mental e social no ambiente laboral. (SILVA, 2017, p. 177)

Usufruir livremente dos períodos de descanso é da mesma forma um meio de efetivar o direito ao lazer, à medida que viabiliza ao homem o acesso a estudos, esportes, convivência familiar e social, atividades culturais e entretenimento. Sendo o trabalhador um ser humano dotado de uma dimensão social, é através do direito ao lazer que se possibilita o desenvolvimento pessoal e o relacionamento equilibrado com a família e o meio social. (SILVA, 2017, p. 176). Assim, o direito de estar desconectado é condição necessária

Para Cardoso, o direito a estar desconectado “É um elemento essencial do seu legítimo direito de viver livremente; de acordo com seu projeto de vida. O descanso, nesse sentido visa proteger o ser humano em sua plenitude para seu pleno desenvolvimento como ser social” (2015, p. 10)

Não obstante esses fundamentos jurídicos sirvam de argumento a justificar o Direito à Desconexão, deve-se ter presente que o período afastado do trabalho não está restrito ao descanso, lazer ou à vida privada e social. Em verdade, abarca todas

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

[...]
XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; (BRASIL, 1988).

as possibilidades existenciais que a condição humana permite ao indivíduo, por isso, a definição do bem jurídico a resguardar como não-trabalho.

Entretanto, saliente-se, o viés que se quer dar ao direito de estar desconectado supera a concepção usual de restrição da comunicação e exigências patronais fora da jornada normal de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Especificamente na regulamentação atual do teletrabalho, nem mesmo há um lapso temporal que se possa enquadrar como sendo reservado ao labor. Se pretende, com o instituto do Direito à Desconexão, estender aos teletrabalhadores todos os períodos de desvinculação total já assegurados aos demais assalariados.

De todo modo, o direito de estar desconectado repercute tanto na necessidade de se estabelecer os limites da jornada normal do teletrabalhador, quanto na premência de garantir a não interferência do empregado nos regimes de sobreaviso e nas jornadas extraordinárias ilícitas.

O regime de sobreaviso se refere ao período que o ferroviário permanece em sua casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço.²⁹ Apesar da lei fazer referência ao ferroviário, a figura do sobreaviso tem sido estendida analogicamente às situações semelhantes, sem a exigência do empregador dever aguardar o chamado para o serviço na sua residência. Nessa lógica, o tempo em que se permanece aguardando eventual convocação para a execução de serviços por meio de aparelhos telemáticos passou a ser considerado regime de sobreaviso, contanto que haja o concreto controle patronal, nos moldes da Súmula 428, do Tribunal Superior do Trabalho.³⁰

29 Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobre-aviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.

[...]
§ 2º Considera-se de «sobre-aviso» o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de «sobre-aviso» será, no máximo, de vinte e quatro horas, As horas de «sobre-aviso», para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal (BRASIL, 1943).

30 Súmula nº 428 do TST
SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (BRASIL, TST, 2012)

Todavia, não é adequado que teletrabalhador permaneça interruptamente em regime de plantão esperando a qualquer momento o chamado para comparecer à empresa, responder e-mails, emitir relatórios ou qualquer outra tarefa que seja de sua incumbência. Nessas condições, teria sua liberdade reduzida, não podendo escolher o que fazer nos períodos de descanso, implicando na violação do direito de estar totalmente desconectado.

Agora no que se refere à prestação de horas extraordinárias de trabalho, a compreensão dessa previsão legal deve ser pautada pelas supracitadas limitações diárias e semanais. A interpretação sistêmica das normas constitucionais leva à conclusão de que apenas se admite realização de horas extras, se, ordinariamente, respeitados os limites estabelecidos na legislação (SILVA, 2017, p. 175).

Consoante o art. 59 da CLT, a duração normal do trabalho pode ser acrescida em apenas duas horas suplementares, ressalvadas as hipóteses de compensação e banco de horas, devendo ser remuneradas com um adicional de pelo menos 50% sobre o valor da hora normal.³¹ Existem também hipóteses legais em que as horas extras podem ser exigidas pelo empregador, como nos casos de necessidade imperiosa por motivo de força maior, para concluir serviços inadiáveis, ou mesmo na recuperação do tempo perdido.

Destarte, a exigência de realização de sobrejornada só é permitida estritamente dentro das condições legais, e, justamente por ser extraordinária, não pode ocorrer de forma excessiva ou habitual. Se estas acontecerem corriqueiramente haverá um elastecimento da jornada de trabalho, deixando-se o campo da normalidade normativa para adentrar na seara da ilegalidade, quando apenas o pagamento do adicional já não será suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica (SOUTO, 2003, p. 14).

Por conseguinte, somente é factível determinar a sobrejornada do teletrabalhador quando estabelecidos os limites da jornada normal. E, assim, se houver serviço extraordinário ilícito e habitual, ensejar-se-á não apenas o pagamento das horas laboradas com o respectivo adicional³², mas também a aplicação do Direito à Desco-

31 Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§ 1º A remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal (BRASIL, 1943)

32 Súmula nº 376 do TST

HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS (conversão das Orientações Jurispru-

nexão para o resguardo dos Direitos Fundamentais.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho se manifestou quanto a esse ponto na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovando o enunciado 71:

TELETRABALHO: HORAS EXTRAS

SÃO DEVIDAS HORAS EXTRAS EM REGIME DE TELETRABALHO, ASSEGURADO EM QUALQUER CASO O DIREITO AO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 62, III E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 6º DA CLT CONFORME O ART. 7º, XIII E XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O ARTIGO 7º, “E”, “G” E “H” PROTOCOLO ADICIONAL À CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (“PROTOCOLO DE SAN SALVADOR”), PROMULGADO PELO DECRETO 3.321, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1999, E A RECOMENDAÇÃO 116 DA OIT. (ANAMATRA, 2017)

Em meio a isso, a inclusão do teletrabalhador no rol do art. 62 da CLT para o excluir do capítulo referente à duração do trabalho é claramente inconstitucional, afrontando diretamente os princípios e dispositivos legais referidos. Trata-se de uma determinação legal absurda e totalmente aviltante à dignidade do trabalhador, pois dessa forma estaria sujeito a laborar sem garantia do limite diário máximo de oito horas, sem o pagamento das horas extra com o adicional previsto, sem os intervalos intrajornada e Inter jornada, também como poderia ser forçado a trabalhar integralmente os sete dias da semana, afastado o descanso semanal remunerado. Por ser uma norma infraconstitucional, portanto, de hierarquia inferior à Carta Constitucional, sua aplicação deve ser afastada.

É razoável imaginar situações em que o empregador pode ter dificuldade em controlar concretamente o teletrabalho, todavia, nesses casos o problema é relativo à prova da quantidade de trabalho exercido e não da inexistência de limitação de tempo. Esse raciocínio é visível na leitura do art. 74, § 2º da CLT, que estabelece a obrigação do empregador de anotar o horário de entrada e saída nos estabelecimentos com mais de dez trabalhadores.

Há quem sustente que a configuração atual do art. 62 da CLT reveste uma presunção relativa de não estar o teletrabalhador submetido ao controle de horários

denciais nºs 89 e 117 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - A limitação legal da jornada suplementar a duas horas diárias não exige o empregador de pagar todas as horas trabalhadas. (ex-OJ nº 117 da SBDI-1 - inserida em 20.11.1997 (BRASIL, TST, 1997)

(DELGADO, 2017, p. 138). Assim sendo, poderia ser afastada em eventual processo judicial, se comprovada a fiscalização. Ocorre que essa situação abre espaço à uma reiterada exploração da mão de obra, pois somente aqueles ingressarem com demandas judiciais poderiam ver seus direitos garantidos.

É preciso considerar o dever social imposto ao empregador de impedir a utilização indiscriminada da força de trabalho, decorrente da força normativa da constituição e da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Assim, da mesma forma que o empregador precisa comprar equipamentos de registro de horário e contratar gerentes para fiscalizar o trabalho realizado no interior da empresa, estaria incumbido de adquirir softwares ou dispositivos que permitam o controle de jornada do teletrabalhador, o que, ressalte-se, com a tecnologia moderna, é muito mais efetivo se comparado aos meios tradicionais. Outrossim, até mesmo se torna possível prever o tempo de trabalho com base no volume de tarefas exigidas. Demonstrando perfeitamente esse entendimento:

Uma vez configurada a relação de emprego, o efeito concreto a se produzir, sob o prisma do direito ao não-trabalho, é o da declaração do direito à limitação da jornada de trabalho também nestes serviços, tornando efetivo tal direito com a fixação do pressuposto de que cabe ao empregador estabelecer o limite da jornada a ser cumprida.

Não se pode barrar a idéia do direito ao limite da jornada com o argumento das dificuldades de se quantificar, sob o prisma da prova, a jornada trabalhada. Esta é uma dificuldade instrumental que não interfere na declaração, em tese, do direito. De todo modo, o avanço tecnológico apresenta também o paradoxo de que ao mesmo tempo em que permite que o trabalho se exerça à longa distância possibilita que o controle se faça pelo mesmo modo, pelo contato “on line” ou outros meios, sendo que até mesmo pela mera quantidade de trabalho exigido esse controle pode ser vislumbrado.

Em outros termos, basta que o empregador queira controlar, à distância, o trabalho do empregado, que terá como fazê-lo. E, para que, concretamente, queira, devem ser estabelecidos os seguintes parâmetros jurídicos: o empregado tem direito ao limite da jornada; o encargo de tal prova compete ao empregador. O importante é não evitar a discussão sob o prisma jurídico, partindo-se da falsa presunção de que o trabalho, sendo externo, longe dos olhos físicos do empregador, não está sujeito a limite.” (MAIOR, 2003, p. 14)

Conforme se demonstrou, os avanços tecnológicos foram utilizados para maximizar o tempo do homem no trabalho, pois com smartphones, notebooks e outros meios de conexão virtual há uma facilidade hoje de trabalhar em qualquer tempo ou lugar, de acordo com a demanda por serviço. Esse fenômeno reduz substancialmen-

te o tempo livre do teletrabalhador, ao ponto que não resta nada da sua existência fora do âmbito laboral.

Em síntese, a despeito da inexistência de limitação clara da jornada de trabalho ser corroborada pela Reforma Trabalhista, o Direito à Desconexão se revela em um complexo de garantias legais capazes de restringir a exploração exacerbada do capital sobre o trabalho humano, por intermédio do cumprimento dos preceitos constitucionalmente assegurados.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO EXISTENCIAL

Uma vez estabelecidos os parâmetros legais aptos a obstar o descumprimento das normas e princípios atinentes à limitação da jornada de trabalho, na figura do Direito à Desconexão, é premente se pensar em formas compensação do dano causado à vida do trabalhador quando há o desrespeito a tais preceitos legais. Notório que eventual condenação judicial do empregador ao pagamento de indenização das horas extras laboradas, dos períodos de sobreaviso cumpridos, além de outras formas reparatórias, são incapazes de ressarcir o dano infligido. Também há de se entender as indenizações na perspectiva de impedir o descumprimento estratégico das normas pelos empregadores, que se sujeitam às sanções acreditando serem menos onerosas que o cumprimento adequado da legislação trabalhista (BOUCINHAS; ALVARENGA, 2013, p. 26).

Para tanto, a análise se pauta pelo estudo da categoria dos danos imateriais ou extrapatrimoniais, especificamente os existenciais; aqueles que não afetam diretamente um aspecto material dos bens jurídicos do trabalhador, pois não são passíveis de aferição econômica imediata. Nesse ínterim, convém abordar inicialmente o processo de surgimento da tutela dos interesses imateriais da pessoa humana até o estabelecimento da resultante responsabilidade civil por dano existencial.

2.2.1 Interesses Imateriais da Pessoa

O processo de consolidação da tutela dos interesses imateriais da pessoa no ordenamento jurídico está atrelado à própria valorização da pessoa humana e ao desenvolvimento da responsabilidade civil como mecanismo jurídico legítimo à reparação do dano extrapatrimonial.

A evolução da responsabilidade civil esteve marcada por várias fases até o momento em que se passou a admitir a reparação dos danos imateriais. No período em que se desenvolveu a Revolução Industrial, a responsabilidade civil estava ancorada fundamentalmente em critérios restritivos. Havia uma opção política pela limitação da responsabilidade com a finalidade de acelerar o crescimento econômico e estimular o investimento nas atividades fabris, resultando em contumazes acidentes de trabalho e condições precárias de vida nas fábricas.

A pessoa era compreendida na forma de um sujeito com a capacidade de gerar renda, assim, o dano era o valor resultante da diferença do patrimônio da vítima antes e após a ofensa. Os danos sujeitos à reparação eram sobretudo relacionados aos danos estritamente materiais, portanto, os danos emergentes e os lucros cessantes. De forma geral, somente se pode perceber um progresso na indenização decorrente de interesses extrapatrimoniais quando superada a concepção de dano.

Mesmo com os avanços a respeito da tutela da pessoa, dos Direitos de Personalidade e dos Direitos Fundamentais, até 1960, o conjunto de danos passíveis de indenização continuaram sendo, em regra, os de caráter material. Alguns obstáculos eram entendidos como circunstâncias impeditivas à superação desse paradigma. Dentre eles, a dificuldade de comprovação dos danos extrapatrimoniais; a circunscrição da regulamentação desses danos à esfera do direito público (penal); a dificuldade de conceber a avaliação e indenização, a partir do Direito Civil, dos danos constituídos pela “dor”; além da influência do direito romano sobre a responsabilidade civil, que preceituava uma taxatividade legal das hipóteses de ilícitos civis. (SOARES, 2009, p 28)

De fato, foi preciso pensar além da ideia da proteção do ser humano com base em sua renda e bens, construindo-se a teoria do interesse para entender este como possuindo um valor intrínseco e desvinculado das circunstâncias apartadas de sua plenitude psicofísica. Desse modo, o atributo da pessoa humana e o conjunto de suas características passaram a ser compreendidos como bens jurídicos merecedores de especial proteção legal. Ganharam destaque todos os elementos relacionados ao bem-estar, garantindo-se assim a qualidade de vida, as próprias atividades do indivíduo e o meio ambiente que habita. (SOARES, 2009, p 38)

No Brasil, antes da Constituição Federal de 1988, a responsabilidade civil extrapatrimonial era inconsistente, em que pese o Código Civil de 1916 previsse a possibilidade do direito de ação para a reparação dos danos atinentes à honra, liberdade, integridade física e psíquica do lesado. Atualmente, a Constituição estabelece em seu art. 5º a existência de danos imateriais ao determinar a possibilidade de indenização decorrente de dano moral. A partir disso, a doutrina e jurisprudência desenvolveram a teoria da reparação dos danos de natureza não patrimonial, em que pese o equívoco na redação do texto constitucional ao equiparar o gênero danos extrapatrimoniais à espécie danos morais. Abriu-se, então, um leque de hipóteses legais capazes de resguardar os interesses imateriais por meio da declaração de nulidade dos atos, da tutela inibitória e principalmente da responsabilidade civil.

Todas as circunstâncias explicitadas, sejam técnicas, culturais, sociais ou históricas, se entrelaçam em torno da noção de viabilidade de indenização do dano existencial. Os interesses relacionados à existência da pessoa estão atrelados aos Direitos Fundamentais e, por via reflexa, aos Direitos de Personalidade. A busca pela garantia e proteção desses tem como consequência o enaltecimento das atividades que a pessoa realiza ou poderia realizar, de modo a estar apta a utilizar suas capacidades físicas e mentais para atingir a felicidade como um fundamento da própria existência humana. (SOARES, 2009, p 40)

2.2.2 Surgimento e Conceituação do Dano Existencial

Após esse panorama, é possível se estabelecer um entendimento sobre a origem da responsabilização por dano existencial (*dano existenciale*). Embora o dano à vida em relação já fosse internacionalmente disseminado, a exemplo da figura do *Préjudice D'Agrément* do direito francês e o *Loss of Amenities of Life* do direito inglês, referindo-se às consequências não econômicas da privação da pessoa de participar de atividades normais e apreciar a vida completamente, a concepção originária do instituto do dano existencial provém da doutrina e jurisprudência italianas (SOARES, 2009, p. 49)

O Código Civil italiano autorizava a reparação dos danos imateriais somente nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o que, pelo Código Penal, exigia um dano proveniente de uma conduta criminosa. Face à essa insuficiência legal para

abarcando as situações de ilícito civil sem repercussão penal, no decorrer da década de 1970, começaram a surgir decisões judiciais estabelecendo a obrigação de proteger a pessoa dos atos ofensivos à sua atividade realizadora, com fundamento na tutela dos direitos invioláveis da pessoa humana e na proteção constitucional da saúde. O direito fundamental à saúde serviu de artifício a garantir a indenização dos danos extrapatrimoniais independentemente das amarras do Direito Civil (SOARES, 2009, p. 42).

A partir disso se reconheceu o dano biológico como um atentado à saúde, permitindo o franco desenvolvimento dos interesses imateriais da pessoa na Itália. Em consequência, sucedeu-se outro problema, uma ampliação demasiada do conceito e abrangência do dano biológico, uma vez tecnicamente nem todas as violações se enquadravam tecnicamente como danos à saúde.

A solução para o esclarecimento conceitual das figuras jurídicas relacionadas aos interesses imateriais foi proposta pelos juristas italianos Crdon e Ziviz, que definiram o dano extrapatrimonial como gênero, abrangendo elementos intangíveis e atrelados aos Direitos de Personalidade, sem mensuração econômica imediata. Desse gênero, decorreriam espécies como o dano moral puro, o dano à imagem, à vida privada, à intimidade, à saúde, à identidade pessoal, à integridade intelectual, à honra, o dano estético e, finalmente, o dano existencial. (SOARES, 2017, p. 118).

Assim, a categoria da responsabilidade civil por danos existenciais se delineou a partir de 1990 com base nos danos provenientes de uma desordem nos hábitos de vida do ofendido, relacionados aos interesses das pessoas nas relações de estudo, sociais, afetivas e familiares, culturais, artísticas, ecológicas e assim por diante.⁴³ Abrigaram-se sob a denominação de dano existencial as situações de dano à vida de relações e dano ao projeto de vida, que deveriam ser indenizadas independentemente de compensação do dano patrimonial, biológico estrito ou dano moral subjetivo (WANDELLI, 2017, p. 148).

No Brasil, conforme já se mencionou, a nomenclatura utilizada pelo texto constitucional e infraconstitucional para se referir aos interesses imateriais é inapropriada. Apesar disso, constatou-se a necessidade do uso de uma melhor técnica para facilitar a aplicação da tutela desses interesses, passando a serem concedidas indenizações de diversas espécies de danos extrapatrimoniais expressamente referidos

na Constituição. Assim, tem-se observado um aprimoramento da doutrina brasileira sobre o tema.³³

Aos poucos, o dano existencial passou a ser mais explorado no direito brasileiro, sendo a primeira referência expressa, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proveniente de um processo julgado em 2011 que tratava da suspensão imotivada do fornecimento de água pela companhia de abastecimento. No judiciário trabalhista, ações fundadas nesse tipo de dano começaram a surgir na Justiça do Trabalho do Rio Grande do Sul, sendo propostas em desfavor de uma rede de supermercados que exigia jornadas de trabalho extenuantes. O primeiro acórdão do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul (4ª região), com referência expressa ao tema, foi o R.O n. 0000105-14.2011.5.04.0241, proferido em 2012 (SOARES, 2017, p. 119).

Nesse, o Desembargador Federal do Trabalho José Felipe Ledur, estabeleceu o pagamento de indenização à trabalhadora efetuoou sobre jornada excedente ao limite de tolerância, veja-se:

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS.

O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de Direitos Fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos Direitos Fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais). Recurso provido. (BRASIL, TRT-4, 2011)

Assim, considerou-se uma afronta aos Direitos Fundamentais do trabalhador a prestação de trabalho em jornadas extenuantes e que superam habitualmente o limite diário de duas horas extras. Nessa linha, importa colacionar o seguinte trecho:

33 Iniciada a abordagem doutrinária do dano existencial no Brasil com a publicação do artigo “Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana, de autoria de Amaro Alves de Almeida Neto, em 2005. Após, no ano de 2009, Flaviana Rampazzo Soares publicou o livro inaugural a tratar do assunto.

[...] Os Direitos Fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho) e no inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) são concreções de valores e normas de caráter principiológico e correspondem a uma decisão jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Esta prevê valores e princípios, dentre outros, no Preâmbulo (e.g., a asseguaração do exercício dos direitos sociais, da liberdade e do bem-estar), no art. 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa), e no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º (e.g., o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança). Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos Direitos Fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos Direitos Fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos Direitos Fundamentais), mas também o empregador/organização econômica (eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais ou eficácia em face dos particulares). (BRASIL, TRT-4, 2011)

Logo, a teoria do dano existencial se desenvolveu com o objetivo de tutelar a lesão a um direito fundamental da pessoa, ainda que não decorra disso um prejuízo no âmbito moral ou psíquico. Assim sendo, o dano existencial compreenderia situações apartadas do dano biológico e do dano moral, conquanto possam esses institutos estar relacionados se resultantes da mesma conduta danosa. Nesse sentido, demarcando a diferença entre dano existencial e dano moral:

O dano existencial diferencia-se do dano moral propriamente dito, porque esse é 'essencialmente um sentir', enquanto aquele é um 'não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente' em que ocorre uma limitação do

desenvolvimento normal da vida da pessoa. O dano existencial não é propriamente a alteração negativa do ânimo (o moral), mas uma sequência de relações alterada, um 'fazer' ou um 'dever fazer' diferente, ou até mesmo o 'não poder fazer'. O dano existencial implica 'outro modo de reportar-se ao mundo exterior'.

Ademais [...], o dano existencial, geralmente, manifesta-se e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar (SOARES, 2009, p. 46).

Desse panorama, abordando a perspectiva conceitual, Flaviana Rampazzo Soares (2009, p.44) define o dano existencial da seguinte forma:

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja uma atividade, um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do efetivo efeito lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina.

Para Amaro Alves de Almeida Neto, o dano existencial é considerado uma lesão injusta à vida de relação e aos projetos de vida que caracterizam certo indivíduo, por meio da alteração prejudicial do seu estilo de vida e de suas estruturas relacionais. (ALMEIDA NETO, 2005, p. 32). Em estudo sobre as noções fundamentais do dano existencial, Hidemberg Alves Frota (FROTA, 2013, p. 64) salienta dois elementos essenciais, o dano ao projeto de vida e o dano à vida de relações:

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta à vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Nesse ângulo, o projeto de vida teria valor essencialmente existencial. Se concretizaria em um meio pelo qual o indivíduo busca sua autorrealização integral, direcionando sua liberdade de escolha para proporcionar concretude, no contexto espaço-temporal em que está inserido, mediante o conjunto de atos imprescindíveis à execução do planejamento razoável e adaptável de metas e aspirações pessoais (exequíveis e plausíveis), que dão sentido à sua existência. (FROTA, 2013, p. 63).

O ser humano procura, por sua natureza, extrair o máximo das suas potencialidades. Assim, as pessoas permanentemente projetam o futuro e realizam escolhas no sentido de conduzir sua existência à realização do projeto de vida. Se um fato injusto frustra esse objetivo e obriga o indivíduo a resignar-se com seu futuro, configurar-se-á o dano existencial. Dessa forma, o dano ao projeto de vida atinge a liberdade do indivíduo de fazer escolhas e impede o projeto de vida que a pessoa definiu como sentido de sua existência, esvaziando sua própria identidade e gerando uma perda da fonte de gratificação vital (FROTA, 2013, p. 64).

Através do projeto de vida que o dano existencial se entrelaçaria com a vida de relações, pois o primeiro não pode existir sem o segundo. Um dos pressupostos do projeto de vida é justamente a coexistenciabilidade, porquanto a sua efetividade requer a participação dos demais seres-humanos. O prejuízo desse diz respeito ao conjunto de relações interpessoais em que o indivíduo está inserido, seja de caráter profissional, cultural, cívico, religioso, familiar e afetivo, que permitem ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana.

Estaria, com isso, impedido de compartilhar pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades; além de impossibilitado de crescer por meio do contato contínuo em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade (FROTA, 2013, p. 66).

Todavia, esta espécie de dano não está restrita apenas à ofensa ao projeto de vida ou à vida em relações. Consideram-se todos os elementos componentes da vivência humana, capazes de tonar a pessoa plena e garantir uma vida em sociedade efetivamente saudável. Ademais, refere-se a uma alteração prejudicial e involuntária de atividades pessoais essenciais do dia a dia, englobando com isso inclusive aquelas em que não há interpessoalidade, como na alimentação, higiene, etc. Compreende também uma renúncia forçada das relações intersubjetivas pessoais, sejam estas motivadas por inúmeras razões, tais como interesses de saúde, de lazer, de cultura, de religiosidade, de trabalho, entre outros.

Diante dessas considerações, Soares (2017, p. 120) aduz que o dano existencial abarca três pontos constituintes do cotidiano:

- a) os aspectos da vida sem interação de ordem intersubjetiva (primeira projeção imediata do dano existencial);
- b) a vida de relações (segunda projeção imediata do dano existencial); e
- c) afronta ao projeto de vida (como projeção futura do dano existencial), seja para eliminá-lo, seja para protelá-lo ou, ainda para prejudicá-lo em sua magnitude ou intensidade.

2.2.3 Fundamentos do Dano Existencial no Direito do Trabalho

A responsabilidade civil por dano existencial se sustenta em dois pilares fundamentais, a dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais, os quais são também a própria gênese dos interesses imateriais, conforme já destacado. Quando da análise da aplicação da indenização por dano existencial no âmbito do direito laboral, são adequadas algumas considerações adicionais. Nessa ótica, Flaviana Rampazzo Soares (2017, p. 120-124) realiza uma análise dos alicerces ou substratos axiológicos que justificariam esse instituto jurídico.

No que respeita ao primeiro alicerce, entende a autora que a dignidade da pessoa humana demonstra um duplo propósito. Primeiro, assegura o respeito ao ser humano pelos seus pares e pelo Estado, protegendo a pessoa de condutas degradantes também através da atração dos Direitos Fundamentais. Paralelamente, provoca o surgimento de um caráter intersubjetivo da dignidade, para que prosperem as condições existenciais mínimas a uma vida saudável, proporcionando a participação ativa da pessoa nos destinos da própria existência e na vida comunitária.

Esse substrato material da dignidade humana impõe grande influência sobre o dano existencial no direito do trabalho, conforme os quatro princípios jurídicos resultantes dessa concepção:

- I. que não haja discriminação arbitrária entre trabalhadores;
- II. que seja respeitado o direito de autodeterminação pessoal do trabalhador, assegurando-se a possibilidade de escolha e de tomada de decisões;
- III. que seja garantida a manutenção da integridade da esfera psicofísica do trabalhador; e
- IV. que seja assegurada a solidariedade social, objetivando-se a vida digna, numa sociedade livre e justa, a qual também é promovida pelo trabalho digno (SOARES, 2017, p. 121).

Havendo o desrespeito a qualquer dos princípios destacados acima, restará configurado o dano existencial. Todavia, estando certos Direitos de Personalidade previstos legalmente, servirão estas normas específicas como fundamento jurídico a garantir a pretensão do trabalhador. Desse modo, não há a necessidade de suscitar a aplicação do Princípio da Dignidade, pois esse é substrato axiológico e não fundamento específico da proteção contra danos imateriais.

Em continuidade, a referida autora concebe os Direitos Fundamentais como segundo alicerce dos danos existenciais. Dessa forma, notadamente no direito do trabalho, cada direito de personalidade poderia consubstanciar um interesse jurídico do trabalhador, capaz de justificar o dever de indenizar quando verificada a ocorrência de um dano extrapatrimonial. Por conseguinte, evidente a necessidade de preservação da vida e da integridade psicofísica do trabalhador, estando o empregador obrigado a proteger este contra ingerências externas e internas prejudiciais.

Por último, o terceiro alicerce estaria consubstanciado na dignidade do ser humano no direito laboral. Por isso, define-se na noção de trabalho digno, decente e apto a proporcionar o desenvolvimento das capacidades, a convivência evolutiva e a realização pessoal do trabalhador (SOARES, 2017, p. 122). Em consequência, com o objetivo de impedir que o trabalho sirva como mera subserviência e exploração, o sistema jurídico apresenta restrições ao tempo empregado pelo trabalhador no desempenho de suas tarefas. Este sustentáculo está intrinsecamente relacionado com o Direito à Desconexão, visto que procura assegurar a limitação da jornada, a segurança e a higiene, o descanso, a educação, entre outros.

O trabalho decente estaria assim apoiado nos requisitos endógenos essenciais, a dignidade, a liberdade, a igualdade a saúde e a segurança do trabalho; bem como nos requisitos endógenos complementares, justa remuneração e licitude da atividade desempenhada. Juntamente, também estariam expressos os requisitos exógenos, tais quais o lazer, a equidade e a aposentadoria digna. (SOARES, 2017, p. 124).

Qualquer desses pressupostos do trabalho decente é capaz de gerar o dever de indenizar. Na hipótese da falta de dignidade, deve estar configurada a conduta lesiva, expressa na ocorrência do trabalho indigno, o dano, consubstanciado na ofensa a um interesse jurídico relevante, além do nexo causal entre esse dano e a própria conduta. Porém, o dano existencial só estará presente se houver afetação negativa do modo de agir do trabalhador no cotidiano, impactando sobre as atividades pessoais e relacionais.

Disso, pode-se concluir pela existência de quatro alterações componentes do dano existencial. Seriam elas, um não mais poder fazer, um ter que fazer diferente, um ter que fazer que antes não necessitava fazer e uma necessidade de auxílio para poder fazer. Entretanto, não se deve suspeitar da viabilidade do dano existencial

manifestar-se como uma potencialidade, englobando, além das atividades que já existiam ao tempo da conduta violadora, igualmente aquelas que o indivíduo poderia factualmente empreender. Seria a designada perda de uma chance, situação em que há a frustração de uma justa expectativa de realizar algo pela ofensa que lhe foi imposta. (SOARES, 2009, p. 45).

Do exposto, não há dúvidas quanto à viabilidade jurídica da indenização das variadas hipóteses de prejuízo aos interesses imateriais do teletrabalhador, sobretudo quando há uma exigência exacerbada de tarefas por parte do empregador, fixando obrigações de cumprir metas inatingíveis em condições normais de tempo e de execução. A prestação de serviço sem marcos temporais limitadores da duração do trabalho se consolida em uma das mais visíveis afrontas aos Direitos Fundamentais e, por conseguinte, fomenta uma relação de teletrabalho indigna e aviltante à condição humana do empregado. A responsabilidade civil por danos existenciais serve ao propósito de ao menos tentar compensar financeiramente os resultados dessa conduta ilícita.

CONCLUSÕES

Após a redação dada pela Lei 12.551 de 2011, equiparando os meios telemáticos de controle às formas pessoais de supervisão, para fins de subordinação jurídica, já não se podia mais falar em inexistência do vínculo de emprego na relação de teletrabalho. A despeito disso, remanescia o questionamento sobre a viabilidade de estender aos teletrabalhadores as normas de duração do trabalho, a depender de considerar esses como exercentes de atividade externa incompatível com a fixação de horários.

A solução para esse problema, na perspectiva patronal, foi alcançada com a Reforma Trabalhista. Os teletrabalhadores detêm agora a autonomia de controlar a execução e o tempo de seu trabalho. Assim, não importa o quão complexa e extensa possa ser a meta demandada, a rigor, o tempo de execução não será considerado, pois excluídos das normas de limitação da jornada de trabalho.

Entretanto, a aplicação dessa nova regulamentação encontra óbice em normas constitucionais. Deve-se ter em mente a força normativa da constituição, que em um

modelo de Estado Social como o vigente no Brasil, implica na observância dos Direitos Fundamentais inclusive nas relações privadas, entre empregador e empregado; é a denominada Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 não excepcionou a determinados trabalhadores os períodos de descanso legais ou não-trabalho, como se denota da garantia do limite de jornada de 8 horas diárias, férias e repouso semanal remunerado. Assim, consoante o Princípio da Isonomia e Equidade, todos os intervalos constitucionais e aqueles presentes na CLT devem ser concedidos aos teletrabalhadores, haja vista também a previsão da Carta Magna de reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Além dos direitos sociais do trabalho, os Direitos Fundamentais à saúde, ao lazer e à vida privada justificam igualmente o limite temporal do trabalho.

Todas essas garantias se fundem em torno do conceito do Direito à Desconexão, estando, portanto, este alicerçado em critérios técnico-jurídicos. Desse modo, o instituto do Direito à Desconexão permite a definição do bem jurídico denominado não-trabalho, ensejando a sua preservação e reparação através da via judiciária. Por consequência, resulta na obrigação da determinação de limites claros da jornada de trabalho conforme os mandamentos legais e, feito isso, também torna necessário o respeito do Direito à Desconexão nas jornadas extraordinárias ilícitas e regimes de sobreaviso infundáveis.

É factível imaginar hipóteses em que existe dificuldade de controlar o teletrabalho, entretanto se estaria falando da prova da quantidade de trabalho efetuado, não da ausência de limitação temporal. Nesses casos, o ônus probatório não pode recair sobre o trabalhador, pois a situação usual é a possibilidade evidente de controle. Sendo assim, o empregador está incumbido de fixar limites na jornada do teletrabalhador, pois o inciso III do art. 62 da CLT não se sustenta perante sua inconstitucionalidade.

Há quem afirme ser uma presunção relativa o que está expresso no dispositivo referido, podendo esta ser afastada em ação judicial quando comprovado o controle de alguma maneira. Entretanto, esse raciocínio não afasta a inadequação das alterações legais, além de oportunizar o descumprimento reiterado das normas na medida em que somente terão assegurados seus direitos aqueles que ingressarem com de-

mandas judiciais.

O empregador possui o dever jurídico e social de impedir a utilização descomedida da força de trabalho. Assim, da mesma maneira que se utiliza de gerentes e mecanismos presenciais para determinar o tempo laborado, tem o encargo de empregar os meios informatizados aptos ao controle à distância.

De outro modo, havendo a ofensa ao bem jurídico não-trabalho e a violação do Direito à Desconexão, plenamente possível demandar a indenização do dano imaterial sofrido, pois o pagamento de indenização das horas extras não é capaz de compensar as consequências da conduta ilícita. Nessa hipótese, estar-se-á falando em responsabilização por dano existencial, a qual está alicerçada em dois pilares centrais, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos de Personalidade. Desse dois aflui um alicerce específico do Direito do Trabalho, a garantia do trabalho digno.

Nessa perspectiva, o dano existencial estará caracterizado sempre que ocorrer uma lesão ao conjunto de relações que fomentem o desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, seja de ordem pessoal ou social. Essa afetação negativa e involuntária incide sobre as atividades que a vítima do dano tinha como incorporadas ao seu cotidiano e precisaram sofrer modificações ou supressões em decorrência da lesão. Portanto, o dano existencial pode afrontar três pontos componentes do cotidiano, tais quais os aspectos da vida sem interação de ordem intersubjetiva, a vida de relações e o projeto de vida.

Em consequência, a possibilidade de ocorrência de dano existencial é evidente nas condições laborais a que o teletrabalhador está suscetível, porquanto a intensificação do tempo de trabalho acarreta em uma supressão de sua existência além daquela vivenciada no lapso de tempo reservado à execução das tarefas laborais. Presente a conduta ilícita do empregador, o dano existencial e o nexo causal entre esses elementos, não há como se obstar a indenização, haja vista a previsão constitucional da reparação do dano extrapatrimonial.

Ao fim, infere-se existirem aportes referenciais jurídicos apropriados a inibir a sujeição do teletrabalhador a jornadas sem limitação de tempo, a partir de um conjunto de preceitos legais que afluem no direito de estar desvinculado e desconectado

integralmente do trabalho. Não assegurada essa garantia, a indenização por dano existencial advém como forma de compensar a jornada de trabalho intensificada, como garantia de respeito aos interesses imateriais, considerando-se todos os elementos componentes da vivência humana, capazes de tonar a pessoa plena e garantir uma vida em sociedade efetivamente saudável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 24, out/dez, 2005.

ANAMATRA. **2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho**. 2017. Disponível em: < <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>>. Acesso em: 20/11/2017

ANTUNES, Ricardo. Século XXI: nova era da precarização estrutural do trabalho? In: ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy (Org.). **Infoproletários: degradação real do trabalho virtual**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2009. cap. 11, p. 231-238.

BARBOSA, Magno Luiz. Alterações na duração do trabalho e seus reflexos na relação de emprego. In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria Cardoso (org.). **Reforma trabalhista em debate**. São Paulo: LT_R, 2017. 264p.

BOUCINHAS FILHO, Jorge; ALVARENGA, Rúbia. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica –Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v.2, n. 22. p. 24-51. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?-secao=28&pagina=REVISTAELETRONICA>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 jun. 2017.

_____. Decreto nº 591 de 6º de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1992/0591.htm>.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

____Tribunal Regional do Trabalho. **Recurso Ordinário nº 0000105-14.2011.5.04.0241**. 2012. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portal/sec/portal/trt4/consultas/consulta_lista/ConsultaProcessualWindow?svc=consultaBean&action=e&windowstate=normal&mode=view>. Acesso em: 10 set. 2017.

____Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 376. **HORAS EXTRAS. LIMITAÇÃO. ART. 59 DA CLT. REFLEXOS**. 2015. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-376>. Acesso em: 10 set. 2017.

____Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 428. **SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT**. 2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SM-428>. Acesso em: 10 set. 2017.

COLUMBO, Francesca; MASSONI, Túlio de Oliveira. Tempo de trabalho e teletrabalho. In: STOLZ, Sheila; MARQUES, Carlos Alexandre Michaello (org.). **Teletrabalho**. São Paulo: LT_R, 2017, p. 21-31.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: LT_R, 2017.

FRANÇA, Robson Luiz de. O Processo de Reestruturação Produtiva no Mundo do Trabalho: As mudanças científico-tecnológicas e a flexibilização nas relações de trabalho. In: MARTINS, Juliane Caravieri; BARBOSA, Magno Luiz; MONTAL, Zélia Maria (Org.). **Reforma Trabalhista em Debate: Direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LT_R, 2017. p. 99-108.

FROTA, Hidemberg Alves. O Dano Existencial no Direito Do Trabalho. **Revista Eletrônica –Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v.2, n. 22. p. 62-78. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=28&pagina=REVISTAELETRONICA>. Acesso em: 23 jun. 2017.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Dano Existencial no Direito Do Trabalho. **Revista Eletrônica –Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v.2, n. 22. p.10-25. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=28&pagina=REVISTAELETRONICA>. Acesso em: 23 jun. 2017.

MELO, Sandra Nahmias. Teletrabalho e controle de jornada. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; e TREVISO Marco Aurélio Marsiglia; FONTES, Saulo Tarcísio de Carvalho (Org.). **Reforma Trabalhista Visão, Compreensão e Crítica**. São Paulo: LT_R, 2017. p.117-122.

OIT. **Convenção sobre as Horas de Trabalho**. 1919. Disponível em <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_1.pdf>. Acesso em 20/10/2017

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **Direito à desconexão do trabalhador - repercussões no atual contexto trabalhista**. Revista LTr, São Paulo, v. 74, 2010, p.1180-1188.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 20/10/2017

PINTO, Geraldo Augusto. **A Organização do trabalho no século 20: Taylorismo, Fordismo e Toyotismo**. São Paulo: Expressão Popular, 2007

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LT_R, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed^a. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SILVA, Debora Aparecida Pinheiro Dias. O direito à desconexão do trabalho: Um direito fundamental do trabalhador. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo et al (coord.). **Direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LT_R, 2017.

SOARES, Flaviana Rampazzo. A Construção de Uma Teoria do Dano Existencial no Direito do Trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Org.). **Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LT_R, 2017. p.118-129

_____. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Do direito à desconexão do trabalho**. Disponível em http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3_do_trabalho..pdf. Acesso 20/11/2017.

WANDELLI, Leonardo Vieira. O Dano Existencial da Pessoa-que-trabalha: Um Repensar à Luz do Direito Fundamental ao Trabalho e da Psicodinâmica do Trabalho. In: SOARES, Flaviana Rampazzo (Org.). **Danos Extrapatrimoniais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LT_R, 2017. p.146-159.

A LEI 14.034/2020 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR-PASSAGEIRO DE EMPRESAS AÉREAS

Law 14,034/2020 and the regression in the protection of airline's passengers

Gabriel Marques Luzzardi³⁴

34 Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Advogado inscrito na OAB/RS. E-mail para contato: gabrielluzzardi@gmail.com

Resumo: O presente artigo faz uma análise das disposições relativas ao Direito do Consumidor constantes na Lei 14.034, promulgada em 5 de agosto de 2020, em conversão da Medida Provisória 925/2020, com a finalidade de legislar sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 (Covid-19) no setor da aviação civil brasileira. Em razão de que a referida lei trouxe alterações ao direito fundamental à proteção do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, CF/88) e ao direito fundamental-social ao transporte (art. 6º, CF/88), objetiva-se verificar se tal legislação se adéqua ao princípio da vedação ao retrocesso, implícito na Constituição Federal de 1988, pois considera-se que houve uma diminuição a tais direitos. Analisa-se, primeiramente, o fenômeno da publicização do direito privado, bem como a proteção constitucional que é conferida aos referidos direitos fundamentais e, a seguir, verifica-se as disposições introduzidas pela Lei 14.034/2020 em matéria de Direito do Consumidor, notadamente aquelas que dilataram prazos para ressarcimento do passageiro dos valores relativos ao cancelamento dos bilhetes aéreos marcados entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020 (art. 3º da Lei 14.034/2020), bem como as que dificultaram que o usuário do serviço de transporte aéreo seja ressarcido por danos extrapatrimoniais (art. 4º da Lei 14.034/2020). Desse modo, entende-se que os dispositivos da referida legislação trouxeram retrocesso em matéria de direito ao transporte e do consumidor, ignorando a situação de vulnerabilidade do consumidor nas relações com os fornecedores, prevista no art. 4º, inciso I do CDC, e diminuindo a proteção que lhes é conferida. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo, do procedimento de pesquisa bibliográfica e de uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Covid-19. Direito do Consumidor. Direito Social ao Transporte. Lei 14.034/2020. Transporte Aéreo.

Abstract: This paper analyzes the provisions related to Consumer Law contained in Law 14,034, enacted on August 5, 2020, in conversion of Provisional Measure 925/2020, with the purpose of legislating on emergency measures to mitigate the effects of the pandemic caused by the Sars-CoV-2 virus (Covid -19) in the Brazilian civil aviation sector. As this law brought changes to the fundamental right to consumer protection (art. 5, item XXXII, CF/88) and to the social right to transport (art. 6, CF/88),

the aim is to verify if such legislation complies with the principle of seal to social regression, implicit in the Federal Constitution of 1988, as it is considered that there was a reduce in such rights. Firstly, the constitutional protection that is given to said fundamental rights is analyzed, and then, the provisions introduced by Law 14.034/2020 regarding consumer rights are noted, notably those that have extended deadlines for reimbursing the passenger for the amounts related to the cancellation of airline tickets scheduled between March 19, 2020 and December 31, 2020 (Article 3 of Law 14,034/2020), as well as those that made it difficult for the user of the air transport's service is compensated for moral damages (art. 4 of Law 14,034/2020). In this way, it is understood that the provisions of the legislation reduced the right to transport and the consumer, ignoring the situation of vulnerability of the consumer in relations with suppliers, provided for in art. 4, item I of the Consumer Law, and reducing the protection granted to them. It uses the hypothetical-deductive method, the bibliographic research procedure and a qualitative approach.

Keywords: Air Transport. Consumer Rights. Covid-19. Law 14,034/2020. Social Right to Transport.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 (Covid-19), foram editadas algumas medidas legislativas no Brasil para o seu enfrentamento, entre elas a Medida Provisória 925, em 18 de março de 2020, que posteriormente foi convertida na Lei 14.034, promulgada em 05 de agosto de 2020. A referida legislação foi produzida com o objetivo de dispor sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da pandemia no setor da aviação civil brasileira, introduzindo dispositivos legais que impactaram a matéria do Direito do Consumidor.

O *caput* e o §3º do art. 3º da Lei 14.034/2020 dispõem sobre a situação de cancelamento do bilhete aéreo pelas companhias aéreas e pelo consumidor, respectivamente, determinando que as fornecedoras do serviço possuem o prazo de 12 meses para realizar o reembolso do valor da passagem aérea ao consumidor em voos cancelados entre o período de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, dilatando o prazo original de 7 dias previsto na Resolução nº 400/2016 da ANAC.

Acrescenta-se que quando ocorre a situação de o consumidor cancelar o serviço de transporte aéreo, restou mantida a obrigatoriedade de observação integral das penalidades tarifárias para o cancelamento do serviço contratado. Ademais, a Lei 14.034/2020 trouxe novos regramentos em relação ao originalmente previsto na Medida Provisória que lhe deu origem, acrescentando o art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica, com o objetivo de dificultar o reconhecimento de danos extrapatrimoniais *in re ipsa* em prol do consumidor, matéria que não possui ligação direta com a situação de pandemia.

Assim, este trabalho objetiva verificar se as referidas disposições trazem um retrocesso ao direito fundamental à defesa do consumidor e ao direito fundamental-social ao transporte, de forma que seriam inconstitucionais. O artigo se justifica em razão de que a proteção ao consumidor foi alçada à posição de direito fundamental pela Constituição da República Federativa de 1988, conforme preceitua o seu art. 5º, inciso XXXII, o que decorreu de uma ideia de limitação do direito privado brasileiro, advinda dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia, de forma que a legislação infraconstitucional deve respeitá-la como tal.

Busca-se, dessa forma, responder se a Lei 14.034/2020 operou um retrocesso em matéria de Direito do Consumidor e no direito social ao transporte. Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, em razão de que, à primeira vista, entende-se que a Lei 14.034/2020 fere o princípio da vedação ao retrocesso, e a partir do procedimento de pesquisa bibliográfica sobre tais assuntos, busca-se confirmar ou refutar essa hipótese. A abordagem da pesquisa será qualitativa, fazendo-se uma revisão da teoria jurídica existente sobre a temática.

2. A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A POSITIVAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com Bercovici (1999, p. 35), a Constituição se trata da ordem jurídica fundamental dos Estados, preceituando pressupostos que irradiam para todo o ordenamento jurídico nacional, estabelecendo procedimentos para a sua criação, vigência e execução, além de trazer diretrizes que devem ser respeitadas pelo legislador infraconstitucional. Conforme Bercovici (1999, p. 36), a Constituição Federal

de 1988 construiu um Estado Social e pode ser classificada como uma Constituição dirigente, já que define fins e programas de ação futura através de normas programáticas, com o fito de trazer melhorias para as condições econômicas e sociais à população brasileira.

O art. 1º, inciso III da Constituição Federal definiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Já o seu art. 3º positivou o princípio da solidariedade, ao definir como objetivo da república brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Na lição de Bercovici (1999, p. 45), a positivação de princípios na Constituição possui um significado jurídico importante, tendo em vista que eles irradiam e coordenam o sistema jurídico, funcionam como critério de interpretação e integração, o que dá unidade e coerência ao sistema constitucional, demonstram as opções políticas fundamentais que conformam o texto constitucional e ganham força normativo-constitucional.

Assim, o Direito Privado pátrio passou por uma evolução a partir do século XX, a qual resultou em sua relativização pela ideia de função social, superando-se a ideia de que o bem-estar coletivo se trata de uma incumbência somente do Estado, entregando-a também aos indivíduos. Entende-se hoje, no âmbito do Direito Privado, que a publicização do referido ramo do direito trouxe uma maior importância à Constituição Federal na interpretação de suas normas, colocando-a como centro irradiador do sistema (BERCOVICI, 1999, p. 42-43).

Assim, conforme Perlingieri (1997, p. 6), citado por Bercovici (1999, p. 43), “[o] Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Essa despatrimonialização do direito civil, conforme Bercovici (1999, p. 50), citando Pierlingieri (1997, p. 33-34), “é a tentativa de reconstrução do direito civil, não como tutela das situações patrimoniais, mas como um dos instrumentos e garantidores do desenvolvimento livre e digno da pessoa humana”.

Tem-se hoje o Direito do Consumidor como um ramo que possui normas de direito público e de direito privado, e que visa a tutelar um sujeito de direitos vulnerável, o consumidor, em suas relações frente ao fornecedor de bens e serviços. Todavia, é

de se ressaltar que o consumidor e os seus interesses individuais e coletivos foram reconhecidos juridicamente há pouco tempo, em meados do século XX, decorrendo das transformações ocorridas no sistema de produção de bens e serviços, sendo, antes disso, identificados por outras expressões, tais como “contratante”, “cliente” ou “comprador”, que não destacavam o aspecto coletivo ou de grupo social que é atingido por problemas e dificuldades semelhantes. Entende-se que o início de uma reflexão jurídica mais profunda sobre a temática decorre do discurso do então presidente estadunidense John Kennedy, em 1962, no qual enumerou os direitos do consumidor e trouxe em consideração que “todas as pessoas são consumidoras” em algum momento de suas vidas (MARQUES, 2014, p. 33-34).

Desse modo, nos termos do ensinamento de Marques (2016, p. 684), no âmbito do sistema jurídico brasileira, da ordem constitucional advinda da Constituição Federal de 1988 é que decorre uma limitação do direito privado pátrio, passando a observar também regras de ordem pública e sendo mitigada a autonomia da vontade de seus contratantes, em prol dos fins sociais estatuídos pela Carta Magna. Nesse contexto foi positivada a defesa do consumidor como um direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXII, e conjugado com a ordem emanada pelo constituinte no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), deu origem a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, resta evidenciado que os Estados possuem o dever de tutelar as necessidades e interesses dos consumidores, devendo intervir em um mercado de consumo cada vez mais internacionalizado, com a finalidade de corrigir os desequilíbrios existentes entre fornecedores e consumidores. No direito brasileiro, tal proteção advém de um modelo sistemático, ou seja, através de um corpo de normas jurídicas que contém regras e princípios (AZEVEDO, 2009, ps. 35-36).

Em seu conceito de consumidor, Marques (2016, p. 304) traz enfoque à situação de vulnerabilidade do referido agente da relação de consumo:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade “de consumo” ou de massa.

A legislação consumerista traz o importante reconhecimento do consumidor como um sujeito vulnerável frente ao fornecedor de serviços ou produtos em seu art. 4º, inciso I, sendo esta uma presunção absoluta (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 184). Ao tratar da vulnerabilidade do consumidor, Marques (2016, p. 324) assenta que:

Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificção para um tratamento desequilibrado e desigual dos cocontratantes, protegendo o direito aquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. (...) A vulnerabilidade é multiforme, conceito legal indeterminado, um estado de fraqueza sem definição precisa, mas com muitos efeitos na prática, em especial, pois presumida e alçada a princípio de proteção dos consumidores.

A vulnerabilidade do consumidor pode ser percebida em diversas dimensões. Tradicionalmente a doutrina a reconhece nas dimensões técnica, jurídica e fática. É técnica quando o consumidor não possui conhecimentos adequados sobre a produção e efeitos do produto ou serviço, restando-lhe confiar na boa-fé do fornecedor. É jurídica em razão das dificuldades que o agente possui para proteger os seus direitos. É fática em virtude de, muitas vezes, a relação de consumo envolver um maior poderio econômico do fornecedor ou a essencialidade do produto ou serviço para o consumidor (MORAES, 2011, p. 141-145; MARQUES, 2016, p. 333-334).

A noção de vulnerabilidade do consumidor, que se trata de uma presunção absoluta, não se confunde com a sua possível hipossuficiência, que deve ser analisada à luz do caso concreto. Nas palavras de Marques (2016, p. 1.209), a hipossuficiência se trata de uma “posição processual debilitada”, na qual o consumidor pode ou não se encontrar, a depender das circunstâncias. Quando o consumidor se encontrar nessa situação, ele possui o direito subjetivo de ver o ônus da prova invertido na relação processual frente ao fornecedor, conforme o previsto no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Este regramento, conforme Marques (2016, p. 1.209), visa a “(...) evitar que a dificuldade de prova dificulte o efetivo acesso à justiça e a rápida e correta prestação jurisdicional (...)”.

No Direito do Consumidor hodiernamente, tem bastante força a teoria denominada de “diálogo das fontes”. Marques (2016, p. 760), em citação a Jayme, dispõe que “(...) é o ‘diálogo das fontes’ (...) atual e necessário, a permitir a aplicação

simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso (...)”. Nessa linha, conforme o ensinamento de Cambi, Margraf e Franco (2017, p. 254) “a interpretação conforme a Constituição é importante para a constitucionalização dos textos normativos infra-constitucionais”. Desse modo, resta claro que, em havendo um conflito de normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que tratam sobre matéria de direito do consumidor, deve ser aplicada a teoria supramencionada, devendo-se proceder uma interpretação à luz do direito fundamental à proteção do consumidor, previsto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, buscando a aplicação da norma que lhe traz maior proteção. Essa teoria possui ampla aceitação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça³⁵.

Assim, em razão de ser norma principiológica, o Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer quando estiver em conflito com outras normativas que limitem os direitos do consumidor, uma vez que concretiza normas constitucionais. (AZEVEDO, 2009, p. 37)

3. PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Lei 14.034/2020 trouxe novas normativas acerca de dois direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição Federal: a defesa do consumidor, previsto no seu art. 5º, inciso XXXII como um direito e garantia individual, bem como o direito fundamental-social ao transporte, previsto no rol do art. 6º desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 90/2015.

Mendes (2004, p. 131-132) afirma que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos fundamentais logo no início do seu texto, em posição de destaque, no seu art. 5º, demonstra a especial importância que lhes é dada na nova

35 Conforme o voto da Min. Relatora Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 782.433/MG: “O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. O denominado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico. Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exhaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor. Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo”.

ordem constitucional brasileira, e ao prever os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas em seu art. 60, §4º, inciso IV, não permitindo qualquer emenda constitucional que tenda a aboli-los, o constituinte originário reforça a ideia de que os direitos fundamentais são “elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”.

Com base nos ideários da dignidade da pessoa humana, dos princípios da solidariedade e da igualdade e da constitucionalização do direito privado, e a fim de tutelar os interesses de um dos grupos vulneráveis existentes na sociedade, os consumidores, o constituinte originário entendeu ser relevante a positivação de normas que conferissem maior equilíbrio nas relações de consumo (AZEVEDO, 2019, p. 20). Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 introduziu no direito brasileiro a defesa do consumidor como um direito fundamental, conforme o disposto no seu art. 5º, inciso XXXII, e previu a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica, no art. 170, inciso VI.

De acordo com Marques (2014, p. 36), a defesa do consumidor pode ser entendida não só como um direito e garantia individual, mas também como um direito humano de nova geração, positivado como direito fundamental na Carta Magna. Desse modo, ensina Marques (2014, p. 36):

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor, seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais), ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado (...))

Os direitos fundamentais são tradicionalmente concebidos como direitos de defesa, com uma natureza negativa, objetivando a proteção dos indivíduos contra a ação dos entes estatais, determinando um “não-impedimento da prática de determinado ato”, ou a “não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas”, limitando os poderes estatais (e também os particulares), tendo em vista que os obrigam ao respeito de um núcleo de liberdade previsto constitucionalmente em favor do indivíduo (MENDES, 2004, p. 132-134). Trata-se, como definiu Vasak, da primeira dimensão dos direitos fundamentais, que contempla direitos que protegem os indivíduos de ações lesivas do Estado, ou seja, se constituem nas liber-

dades públicas (SILVA, 2005, p. 547).

Ainda que, em uma primeira dimensão, os direitos fundamentais tenham sido tradicionalmente entendidos como direitos de defesa, objetivando a proteção dos indivíduos contra a ação dos entes estatais, podem eles também ser vislumbrados em uma dimensão positiva, enquanto garantias positivas do exercício de liberdades. Os direitos fundamentais em sua dimensão defensiva são insuficientes para tutelar o exercício de uma liberdade plena dos indivíduos, de modo que os entes estatais devem disponibilizar os meios materiais e implementar condições fáticas para que possam exercer de forma efetiva as liberdades fundamentais. Desse modo, para que os indivíduos conquistem e mantenham a sua liberdade, se faz necessária uma postura ativa dos entes públicos (MENDES, 2004, p. 132-136).

De acordo com Mendes (2004, p. 136), os direitos fundamentais enquanto garantias positivas do exercício de liberdades, podem ser de três ordens: direitos a prestações positivas, direito à organização e ao procedimento e direitos de igualdade. Em relação aos direitos de igualdade, de acordo com Mendes (2004, p. 139), esses estão conectados ao princípio da isonomia, os quais podem ser concebidos em duas dimensões: exigência de tratamento igualitário e proibição de tratamento discriminatório.

Resta claro que o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, que prevê a defesa do consumidor como um direito fundamental a ser promovido pelo Estado, está evidentemente enquadrado como um direito fundamental de igualdade. Nesse sentido, Marques (2014, p. 45) dispõe:

A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e de for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância desta nova visão tripartite do direito privado, que é centrada na dignidade da pessoa humana e na ideia de proteção do vulnerável, o consumidor.

Outra função que o art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal exerce é a de trazer um mandamento constitucional para que o legislador infraconstitucional atue na defesa do consumidor. Como bem aduziu Mendes (2004, p. 134-135), os direitos fundamentais podem se constituir também em normas de proteção de institutos jurídicos, sendo necessária, nessas situações, a atuação do legislador para que o

direito seja concretizado, de modo que a proteção do instituto por normas de direitos fundamentais gera um “dever constitucional de legislar”, devendo a legislação infraconstitucional respeitar os ditames previstos na Carta Magna.

Já os direitos sociais e econômicos são classificados como direitos fundamentais de segunda geração. Tais direitos vêm a surgir no ordenamento jurídico em razão de uma maior participação dos indivíduos nas decisões dos rumos do Estado, e principalmente em razão dos movimentos sociais que sustentavam a impossibilidade de as liberdades públicas serem exercidas por quem não detivesse amplas condições para exercê-las, em razão de os indivíduos não estarem em igualdade no sentido material (SILVA, 2005, p. 548). A Carta Magna de 1988 foi a primeira na história constitucional brasileira a trazer um título específico para os direitos e garantias fundamentais, no qual os direitos sociais foram consagrados em seu art. 6º, como densificadores da dignidade da pessoa humana, sendo o transporte incluído como tal pela Emenda Constitucional nº 95/2015 (SARLET, 2018a, p. 567).

Sarlet (2018b, p. 629) aduz existir, em uma perspectiva objetiva, uma eficácia dirigente dos direitos sociais, que impõe aos poderes públicos o dever permanente de realizá-los, além de permitir que as normas de direitos sociais operem como parâmetro para o controle de constitucionalidade, para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, para a execução de políticas públicas, além de impor uma eficácia dos direitos sociais entre particulares. Em sentido semelhante, Mendes (2004, p. 137) afirma que tais normas possuem uma finalidade conformadora do futuro, em detrimento da manutenção do *status quo*, e convertem em situações jurídicas situações que anteriormente eram consideradas de natureza meramente política, ocorrendo, portanto, a “juridicização do processo decisório”, vinculando os poderes políticos.

De acordo com Marques (2014, p. 36), a previsão da defesa do consumidor como direito fundamental, no rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição Federal, é de suma importância, pois lhe confere a garantia de ser considerado cláusula pétrea, consoante a disposição do art. 60, §4º, inciso IV da Carta Magna. Em relação aos direitos sociais, caso do direito ao transporte, em uma interpretação literal do referido dispositivo, poderiam não ser considerados cláusulas pétreas, porém não é esse o entendimento que prevalece atualmente. Conforme Sarlet

(2018a, p. 1.224), em uma leitura sistemática da Constituição Federal de 1988 não se verifica qualquer hierarquia entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais, que possuem uma relação de complementariedade, de modo que a proteção do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal se estende aos direitos sociais.

Como bem apontado por Silva (2006, p. 43), os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que podem sofrer restrições legítimas por parte dos poderes públicos. De acordo com Silva (2006, p. 43):

(...) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial.

Conforme Sarlet (2018b, p. 401), a proporcionalidade como critério de controle de medidas que restringem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais se desdobra em três elementos:

(a) adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s) (...) (b) necessidade ou exigibilidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados) (...) (c) proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção) e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados (...) É neste plano que se realiza a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, pois o que se busca é responder à pergunta sobre se as vantagens causadas pela promoção de determinado fim (ou fins) são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ou seja, as restrições impostas aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, categoria que no ordenamento jurídico brasileiro inclui, conforme visto anteriormente, os direitos sociais, são protegidos pela garantia negativa da não regressividade. Na lição de Pisarello (2001, p. 93-94):

Hoy, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la mayoría de las Constituciones modernas recogen una serie de garantías políticas de los derechos sociales, requisito indispensable para la reconstrucción de un espacio público democrático. Estas garantías, concebidas como garantías primarias, establecen en un complejo haz de obligaciones positivas y negativas, dirigidas tanto al legislador como a la administración, que le imponen: (...) una obligación negativa de no regresividad. Es decir, que en la medida en que el estado social es una realidad limitada pero en parte ya efectiva, el legislador y la administración deben respetar y no interferir en la libertad de acción y uso de aquellos recursos básicos que los individuos o las colectividades hayan alcanzado por sí mismos, a través de terceros o del propio estado, si ello los coloca debajo de un nivel de vida digna y no ayuda a quienes están en peor situación (Fabre, 2000).

(...) la prohibición de regresividad constituye un corolario obligado de la noción del estado social como distribuidor no sólo ya de beneficios sino también de sacrificios, es decir, como garante no sólo de derechos sociales positivos sino también de derechos sociales negativos.³⁶

No âmbito brasileiro, essa obrigação de não regressividade é conhecida como princípio da vedação do retrocesso e também como efeito *cliquet*. De acordo com Acca (2009, p. 63), “[o] princípio do não retrocesso social preconiza, basicamente, que ganhos sociais garantidos pelo Estado aos seus cidadãos não podem posteriormente ser suprimidos”.

Sarlet (2018b, p. 398), em importante lição sobre o instituto do controle de constitucionalidade, traz à lume a proibição do retrocesso como um limite dos limites dos direitos fundamentais:

36 Hoje, tanto o direito internacional dos direitos humanos, quanto a maioria das Constituições modernas incluem uma série de garantias políticas dos direitos sociais, um requisito indispensável para a reconstrução de um espaço público democrático. Estas garantias, concebidas como garantias primárias, estabelecem-se num complexo feixe de obrigações positivas e negativas, dirigidas tanto ao legislador como à administração, que lhe impõem: (...) uma obrigação negativa de não regressividade. Em outras palavras, na medida em que o estado social é uma realidade limitada, mas em parte já efetiva, o legislador e a administração devem respeitar e não interferir na liberdade de ação e uso dos recursos básicos de que dispõem os indivíduos ou comunidades hajam alcançados por si próprios, através de terceiros ou do próprio Estado, se os colocar abaixo de um nível de uma vida digna e não ajuda quem está em pior situação.

(...) a proibição da regressividade constitui um corolário obrigatório da noção do estado social como distribuidor não só de benefícios, mas também de sacrificios, ou seja, garantidor não só de direitos sociais positivos, mas também de direitos sociais negativos. (tradução nossa)

O controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionalmente designado de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais. Os limites aos limites dos direitos fundamentais, portanto, funcionam como verdadeiras barreiras à restringibilidade destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

Conforme Sarlet (2018a, p. 575), a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que, embora não se encontre previsto expressamente na Constituição Federal, o princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, vedando medidas do legislador que suprimam ou afetem de forma substancial o grau de concretização já alcançado de um direito social, e isso ocorre porque o referido princípio está ligado ao princípio da segurança jurídica, além da obrigação de implementação progressiva dos direitos sociais, prevista no item 1 do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratado do qual o Brasil é signatário.

Em se admitindo uma limitação de um direito fundamental ou social, é necessário que se observem alguns parâmetros: a medida deve buscar atender uma finalidade constitucionalmente legítima; não pode afetar o núcleo essencial do direito; deve ser proporcional e razoável; e deve também respeitar o princípio da segurança jurídica (SARLET, 2018b, p. 647). No mesmo sentido é o entendimento de Pisarello (2001, p. 94), o qual ensina que apenas são admissíveis as restrições aos direitos sociais que respeitem uma filtragem de razoabilidade, ou seja, que não fira a dignidade da pessoa humana, que sejam indispensáveis para o bom funcionamento de todo o ordenamento jurídico, devendo sempre ser observada uma compensação adequada e o princípio de proteção aos mais fracos.

Aliás, além de ser vedada a edição de normas jurídicas que causem retrocesso aos direitos fundamentais e sociais já previstos e efetivados, cabe ressaltar que os poderes públicos possuem a obrigação de dar progressividade a tais direitos. De acordo com Pisarello (2001, p. 94):

(...) como complemento de la prohibición de regresividad, le viene atribuido al legislador un deber positivo de progresividad. Esto es, no sólo un deber de mantener el bienestar obtenido, sino además la obligación de promocionar su

satisfacción positiva y gradual. Naturalmente, se trata de un deber que exige, también en virtud del principio de prioridad de los más débiles, la introducción de tratamientos jurídicos desiguales, aunque positivos, dirigidos a compensar a personas o colectivos oprimidos o marginados. Esto supone, evidentemente, la necesidad de políticas de igualación sustancial, de acciones positivas e incluso de discriminaciones inversas.³⁷

Desse modo, passa-se a analisar a adequação, ou não, das disposições contidas na Lei 14.034/2020, que trouxe alterações legislativas em matéria de Direito do Consumidor, referente a direitos do consumidor no âmbito do transporte aéreo.

4. UMA ANÁLISE DA LEI 14.034/2020 À LUZ DAS NORMAS BRASILEIRAS PROTETIVAS AO DIREITO DO CONSUMIDOR

A Medida Provisória nº 925, publicada em 18 de março de 2020, trouxe regramentos sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira no contexto da pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19). Entre os seus dispositivos, o art. 3º inovou em matéria de Direito do Consumidor, trazendo em seu *caput* o prazo de 12 meses para as empresas aéreas reembolsarem o consumidor do valor relativo à compra de passagens aéreas em contratos firmados até o dia 31 de dezembro de 2020, mantendo a obrigatoriedade de observação das regras do serviço contratado, e sem qualquer previsão de incidência de correção monetária. Alternativamente, o consumidor poderia aceitar o crédito para utilização em 12 meses, contados da data do voo contratado, sendo então isento das penalidades contratuais, nos termos do §1º do referido dispositivo.

Seguindo o curso de sua tramitação, a Medida Provisória nº 925/2020 foi convertida na Lei 14.034, promulgada em 05 de agosto de 2020, trazendo algumas alterações em relação ao seu texto original, alterando prazos e especificando de forma mais pormenorizada as diferentes consequências quando o cancelamento do serviço partir do fornecedor ou do consumidor.

O *caput* do art. 3º da Lei 14.034/2020 trata da hipótese em que o fornecedor

37 (...) como complemento à proibição da regressividade, atribui-se ao legislador um dever positivo de progressividade, isto é, não se trata apenas de um dever de manter o bem-estar obtido, mas também de promover sua satisfação positiva e gradativa. Naturalmente, é um dever que exige, também em virtude do princípio da prioridade dos mais fracos, a introdução de tratamentos jurídicos desiguais, embora positivos, destinados a compensar indivíduos ou grupos oprimidos ou marginalizados. Isso obviamente implica a necessidade de políticas de equalização substancial, ações positivas e até mesmo discriminação reversa. (tradução nossa)

procede o cancelamento do voo. Nesse caso, em voos cancelados entre o período de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, a empresa aérea possui o prazo de 12 meses para realizar o reembolso do valor da passagem aérea ao consumidor, contados da data do voo cancelado, corrigido monetariamente pelo Índice Nacional de Preços e Custos (INPC). Alternativamente, de acordo com o previsto no seu §1º, o consumidor poderia aceitar o recebimento de crédito de valor maior ou igual com validade de 18 meses, também contados da data do voo contratado, a ser utilizado, em nome próprio ou de terceiros, para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador. Além disso, o §2º prevê que no caso de cancelamento do voo, a empresa aérea possui a incumbência de oferecer ao consumidor como alternativa ao reembolso, quando possível, as opções de reacomodação em outro voo, próprio ou de terceiros, e de remarcação da passagem aérea, sem ônus, mantidas as condições aplicáveis ao serviço contratado.

Já o art. 3º, §3º da Lei 14.034/2020 se refere à situação em que o consumidor é quem cancela o serviço de transporte aéreo. O referido dispositivo manteve o prazo de 12 meses para as empresas aéreas reembolsarem o consumidor que desistiu do serviço do valor relativo à compra de passagens aéreas de voos marcados para o período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, mantendo a obrigatoriedade de observação das penalidades tarifárias para o cancelamento do serviço contratado, além da possibilidade de o consumidor aceitar, de forma alternativa, o crédito correspondente, da mesma forma prevista no §1º do art. 3º da Lei 14.034/2020.

É inegável que a referida legislação trouxe alterações no tocante ao direito ao transporte, afetando de forma negativa os direitos do consumidor em suas relações com as empresas aéreas. É de se ressaltar que os consumidores no âmbito do transporte aéreo recorrentemente sofrem com a diminuição de seus direitos, a exemplo da limitação tarifada dos danos materiais causados no âmbito do transporte aéreo internacional prevista nas Convenções de Varsóvia e Montreal, que o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, no ano de 2017. Aparentemente possuíam razão Gomes e Fonseca (2018, p. 30), quando ao tratarem da referida decisão, asseveraram que “(...) o entendimento consolidado – em repercussão geral – pela Suprema Corte certamente

servirá de apoio, como importante precedente, também para novas relativizações dos direitos fundamentais dos consumidores em diversas outras naturezas de relações de consumo”.

É importante reforçar que o transporte se trata de um direito social, previsto expressamente no art. 6º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 90/2011. A inserção do transporte como direito social está de acordo com o objetivo de assegurar à população uma efetiva fruição de direitos, garantindo o acesso ao local de trabalho, escolas, serviços de saúde, o lazer, entre outros. (SARLET, 2018b, p. 700)

Ademais, conforme visto ao longo do presente, é imprescindível hodiernamente que se faça uma leitura das normas sobre o direito do consumidor em conformidade às normas constitucionais, de modo a respeitar a defesa do consumidor como direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, como bem preceitua a teoria do diálogo das fontes (JAYME *apud* MARQUES, 2016, p. 760).

Desse modo, a Lei 14.034/2020 deve ser analisada sob as lentes da referida teoria. Resta evidenciado que a pandemia causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2) fez surgir uma situação de caso fortuito³⁸. Todavia, ainda que se entenda plausível a edição de normas que protejam economicamente as companhias aéreas, inegavelmente prejudicadas pelo contexto atual, as causas do cancelamento do bilhete aéreo no interregno da pandemia não podem ser imputadas aos consumidores, de modo que estes não podem suportar de forma desproporcional com o ônus do negócio entabulado.

Percebe-se que o art. 3º, *caput* e §3º da Lei 14.034/2020 dilataram sobremaneira o prazo de 7 dias para reembolso quando solicitado pelo consumidor, previsto na Resolução nº 400/2016 da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), que trata sobre as condições gerais de transporte aéreo, em seu art. 29³⁹.

38 Nos termos do art. 393, parágrafo único do Código Civil: “[o] caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. De acordo com Tartuce (2018): “[a] respeito dos conceitos de caso fortuito e força maior, como é notório, não há unanimidade doutrinária. Sendo assim, este autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa. São seguidas as diferenciações apontadas por Orlando Gomes. Todavia, consigne-se que muitos doutrinadores e julgadores entendem que tais conceitos são sinônimos”.

39 Art. 29. O prazo para o reembolso será de 7 (sete) dias, a contar da data da solicitação feita pelo passageiro, devendo ser observados os meios de pagamento utilizados na compra da passa-

Dessa forma, entende-se que o regramento trazido pelo art. 3º da Lei 14.034/2020 não é razoável e nem proporcional, tendo em vista que faz com que o ônus seja suportado quase que integralmente pelo consumidor. Conforme o *caput* do referido dispositivo, o consumidor não possui direito ao cancelamento da passagem aérea sem que tenha que arcar com as tarifas impostas pela empresa aérea, conforme o serviço contratado, sendo reembolsado apenas do valor que restar após a dedução da penalidade, e somente receberá o valor a que tem direito após 12 meses. Caso contrário, a opção que lhe resta é a utilização do crédito, com prazo de 18 meses para uso, em um período de total incerteza de condições favoráveis, e até mesmo de eventual impossibilidade para a realização de viagens aéreas.

À defesa do consumidor, como direito fundamental que é, se aplica o princípio da vedação do retrocesso. Além disso, importante ressaltar que o transporte se trata de um direito social, previsto expressamente no art. 6º da Constituição Federal, de modo que também deve ser protegido pelo referido princípio. Sendo assim, em razão de o art. 3º da Lei 14.034/2020 diminuir a proteção conferida ao consumidor e ao direito social ao transporte, fazendo com que o ônus do cancelamento do serviço seja suportado quase que integralmente pelo consumidor, tendo o cancelamento do serviço dele partido ou não, sem trazer compensações adequadas em prol dos sujeitos afetados, tem-se claro que ele fere o que a doutrina chama de princípio da vedação ao retrocesso.

Como pontos positivos, a Lei 14.034/2020 ao menos corrigiu um crasso equívoco da Medida Provisória 925/2020, ao trazer a previsão de incidência de correção monetária em favor do consumidor, com base no Índice Nacional de Preços e Custos (INPC), tanto no caso do *caput* do art. 3º, como na situação prevista em seu §3º, além de dilatar o prazo para utilização do crédito referente ao reembolso, agora de dezoito meses, e não mais doze. De todo modo, tais argumentos não são suficientes para afastar o nítido retrocesso operado por tal legislação.

Além disso, a Lei 14.034/2020 inovou em relação à matéria prevista na Medida Provisória que lhe deu origem, acrescentando o art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), o qual prevê que “[a] indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha na execução do contrato de transporte fica condicionada gem aérea.

à demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário de carga”. Esse dispositivo claramente almeja afastar o reconhecimento de dano extrapatrimonial *in re ipsa*⁴⁰ em prol do consumidor.

No Direito do Consumidor pátrio vige o princípio da reparação integral dos danos. Este princípio é previsto no art. 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que: “[s]ão direitos básicos do consumidor: (...) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Assim, de acordo com o referido princípio, ao fornecedor incumbe reparar de maneira efetiva os danos patrimoniais e morais causados ao consumidor, sendo imputada a ideia de responsabilidade objetiva ao agente econômico. (MARQUES, 2011, p. 621)

Esta alteração legislativa veio evidentemente a prejudicar o consumidor, dificultando ainda mais que este obtenha a devida reparação por danos extrapatrimoniais decorrentes de falha na execução do contrato de transporte, sujeito que, como já visto ao longo do presente, é rotineiramente caracterizado por uma vulnerabilidade jurídica e pela hipossuficiência, sendo que esta se trata, na lição de Marques (2016, p. 1.209), de uma “posição processual debilitada”.

Ademais, é perceptível a ocorrência do que se denomina “contrabando legislativo” na positivação do art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica através da Lei 14.034/2020. Como já exposto anteriormente, a Medida Provisória 925/2020 tratava somente sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19, conforme o seu art. 1º (o qual, inclusive, teve a sua ideia reproduzida no art. 1º da Lei 14.034/2020). Entretanto, ao ser convertida em lei, acrescentou-se o dispositivo legal em análise, com efeitos *ad eternum*, e que não possui relação direta com a pandemia, o que é vedado pelo art. 4º, §4º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional⁴¹, que trata sobre o procedimento das Medidas Provisórias. Aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede do julgamento

40 De acordo com Tartuce (2018), o dano moral *in re ipsa* é um dano moral objetivo ou presumido, que “não necessita de prova, como nos casos de morte de pessoa da família, lesão estética, lesão a direito fundamental protegido pela Constituição Federal ou uso indevido de imagem para fins lucrativos (...)”.

41 Art. 4º Nos 6 (seis) primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal. (...)

§ 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5127/DF⁴², foi de inconstitucionalidade de tal prática legislativa, em razão de ferir os princípios democrático e do devido processo legislativo.

Dessa forma, os dispositivos examinados ao longo do presente se mostram como medidas que causaram um retrocesso ao direito fundamental à defesa do consumidor e ao direito social ao transporte, em razão de que diminuíram um grau de proteção já estabelecido a tais direitos fundamentais sem respeitar a proporcionalidade em seu sentido estrito e sem contemplar medidas de compensação adequada aos consumidores, sendo, portanto, inconstitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A posição de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de produtos e serviços já se faz presente há muitos anos, estando os polos da relação de consumo em posições evidentemente assimétricas. Entretanto, a proteção do consumidor pelo Direito se trata de um fenômeno relativamente recente, tendo sido impulsionada apenas no decorrer do século XX. Anteriormente, os consumidores eram protegidos por normas que não tratavam de forma específica de seus anseios e que não traziam destaque à sua posição de grupo social acometido de forma generalizada pelas práticas abusivas dos fornecedores.

A ordem constitucional instaurada no Brasil em 1988 determina a observância de suas normas na legislação infraconstitucional, inclusive no que tange ao direito privado, que passa a ser influenciado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia. Desse modo, de forma inédita no ordenamento

42 DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (ADI 5127, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016)

jurídico pátrio, o art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal eleva a proteção ao consumidor à posição de direito fundamental, passando a se configurar como um direito fundamental de igualdade. Desse modo, há um dever imposto pelo constituinte ao legislador infraconstitucional, que deve sempre observar os referidos ditames ao tratar sobre matéria de Direito do Consumidor, e também ao operador do Direito, que deve interpretar as normas do ramo citado à luz das disposições constitucionais.

Com o fito de mitigar os efeitos da pandemia da Covid-19 no setor da aviação civil brasileira, a Lei 14.034/2020, decorrente da conversão da Medida Provisória 925/2020, trouxe diminuições a dois direitos fundamentais expressos constitucionalmente: à defesa do consumidor e ao direito fundamental-social ao transporte.

É inegável que a pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 se trata de um caso fortuito que impactou as empresas fornecedoras do serviço de transporte aéreo, de modo que se justifica que se legisle no sentido de minimizar os impactos no setor, a fim de haver a manutenção de suas atividades, que são essenciais à população, além dos postos de trabalho que geram. Todavia, ainda que se entenda plausível a edição de normas que protejam economicamente as companhias aéreas, a Lei 14.034/2020 entregou o ônus da relação consumerista quase de forma integral ao consumidor, que passou a suportar de forma desproporcional com as consequências dos cancelamentos dos bilhetes aéreos.

O *caput* e o §3º do art. 3º da referida lei aumentou de forma excessiva o prazo para reembolso ao consumidor do valor decorrente do cancelamento do bilhete aéreo, independentemente de quem o tenha pleiteado, sendo de 12 meses para os voos marcados entre as datas de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020. Nota-se que vai muito além do prazo de 7 dias estatuído no art. 29 da Resolução nº 400/2016 da ANAC. Além disso, há a previsão de que o consumidor deve arcar integralmente com a penalidade tarifária prevista caso requeira o cancelamento de sua passagem aérea, ônus que a companhia aérea não possui quando dá causa ao cancelamento.

Dessa forma, entende-se que tais disposições não são razoáveis e nem proporcionais, tendo em vista que diminuem a proteção ao consumidor sem lhe trazer uma adequada compensação. Os dispositivos fazem com que o ônus da relação con-

tratual seja suportado quase que integralmente pelo consumidor, de modo que resta cristalino o desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso do direito fundamental à proteção do consumidor e do direito fundamental-social ao transporte.

Além disso, o art. 4º da Lei 14.034/2020 trata de matéria estranha àquela prevista na Medida Provisória 925/2020, que lhe deu origem, e que tinha como objetivo positivar medidas emergenciais para atenuar os efeitos da pandemia da Covid-19 no setor da aviação civil. O referido dispositivo legal acrescenta o art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica, com o objetivo de dificultar o reconhecimento de danos extrapatrimoniais que são causados de forma recorrente pelas companhias aéreas. Tal alteração ignora a presumida vulnerabilidade e a frequente hipossuficiência do consumidor frente aos fornecedores, notadamente nos casos que envolvem o serviço de transporte aéreo, diminuindo a proteção ao consumidor sem uma compensação adequada, além de se configurar em evidente contrabando legislativo, prática que é vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que também se mostra flagrantemente inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Diário Oficial da União, Brasília, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em 29 dez. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 69, p. 32-86, jan./mar., 2009.

_____. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O transporte aéreo e o Código de

Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 23-37, jul./ago., 2015.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

_____. **Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar.>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. **Lei 14.034, de 5 de setembro de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nos 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 06 ago. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14034.htm>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. **Medida Provisória 925, de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. Diário Oficial da União, Brasília, 19 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 782.433/MG**. Brasília, 20 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ**. Brasília, 13 nov. 2017.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 102, ps. 245-268, jul./ago., 2017.

GOMES, Eduardo Biacchi; FONSECA, Gabriel Vargas Ribeiro da. Relações de consumo e o transporte aéreo a posição do Supremo Tribunal Federal quanto às antinomias constitucionais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 118, ps. 19-46, jul./ago., 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 01, p. 601-642, abr. 2011.

_____. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-57, 2014.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009

PISARELLO, Gerardo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. **Isonomía**, n. 15, p. 81-107, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.

_____. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Responsabilidade civil no transporte aéreo internacional de pessoas. **Revista de Direito Privado**, v. 66, p. 173-197, abr./jul.,

2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único [e-book]. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL: IMPACTOS DA LEI N 13.467/2017

Outsourcing of work in Brazil: impacts of Law n. 13.467/2017

Cauê Molina Andreazza¹

¹ Mestrando em Direito (UFPel). Especialista em Advocacia Trabalhista e Previdenciária (UNISC). E-mail: andreazzacaue@gmail.com

Resumo: O presente trabalho realiza uma análise da terceirização trabalhista no Brasil e dos impactos gerados pela edição da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, especialmente sob a ótica do direito social ao trabalho digno assegurado constitucionalmente. Parte-se do pressuposto de que o direito à dignidade do trabalhador possui hierarquia constitucional privilegiada e analisa-se a possível violação dessa garantia causada por uma autorização irrestrita da terceirização. Para tanto, é analisado o direito ao trabalho com dignidade a partir das normas internacionais e constitucionais garantidoras desse direito fundamental social. Traçado esse panorama, é abordado o tratamento jurídico que a terceirização recebeu no Brasil e do seu avanço enquanto prática que passou a ser disseminada nas relações de trabalho no país. Assim, analisa-se a omissão legislativa que perdurou durante longo tempo no Brasil a respeito da terceirização, bem como o papel de protagonismo que foi assumido pela Justiça do Trabalho, especialmente por meio dos entendimentos sumulados do Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, é analisado o impacto trazido pela Reforma Trabalhista, especialmente no que diz respeito às hipóteses de cabimento da terceirização enquanto prática de contratação de trabalhadores. Constata-se que a Reforma Trabalhista consiste em uma autorização irrestrita da contratação terceirizada, com objetivo essencial de redução de custos da atividade empresarial, e tem por consequência uma precarização das condições de trabalho, em descompasso com o direito constitucional à dignidade do trabalhador. O trabalho possui natureza qualitativa e se utiliza do método de pesquisa dedutivo. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica em obras ligadas ao direito e à sociologia do trabalho, bem como analisados posicionamentos jurisprudenciais ligados ao tema.

Palavras-chave: Direito ao trabalho. Terceirização. Reforma trabalhista. Lei nº 13.467/2017

Abstract: The present work analyzes the labor outsourcing in Brazil and the impacts generated by the edition of Law nº 13.467/2017, known as Labor Reform, especially from the perspective of the social right to decent work constitutionally guaranteed. The work starts from the understanding that the right to dignity of the worker has a privileged constitutional hierarchy and analyzes the possible violation of this guarantee caused by an unrestricted authorization of outsourcing. For that, the right to work with

dignity is analyzed based on international and constitutional norms that guarantee this fundamental social right. From this point on, the research assesses the legal treatment that outsourcing has received in Brazil and its advancement as a practice that started to be disseminated in labor relations in the country. Afterwards, the legislative omission that lasted for a long time in Brazil regarding outsourcing is analyzed, as well as the leading role that was assumed by the Labor Court, especially through the summarized understandings of the Superior Labor Court. Finally, the impact brought about by the Labor Reform is analyzed, especially with regard to outsourcing hypothesis as a practice of hiring workers. It was found that the Labor Reform consists of an unrestricted authorization of outsourced hiring, with the essential objective of reducing costs of business activity, and has the consequence of precarious working conditions, out of step with the constitutional right to the dignity of the workers. The study carried out a bibliographic research on works related to labor law and sociology, as well as analyzing jurisprudential positions related to the theme.

Keywords: Right to work. Outsourcing. Labor reform. Law n. 13.467/2017

INTRODUÇÃO

O trabalho é uma das facetas mais importantes da vida humana, sobretudo considerando que a vida humana necessariamente se desenvolve em sociedade. É quase impossível pensar hoje em uma pessoa conseguir ser ativa em sociedade sem depender dos frutos do seu trabalho ou, indiretamente, do trabalho de outra pessoa que auxilie em sua manutenção e subsistência. Em algum grau o trabalho é um dos motores que move a teia social. Ao mesmo tempo em que é um aspecto inseparável da vida em sociedade, o trabalho é também protagonista de diversos conflitos. A terceirização trabalhista é o componente de um desses constantes conflitos.

O presente estudo² tem por objeto o trabalho terceirizado no Brasil e o impactos trazidos sobre essa relação pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, analisados sob a ótica do direito fundamental social ao trabalho digno. A terceirização trabalhista consiste em uma prática que altera a dicotomia clássica da

2 O presente trabalho é fruto de pesquisa apresentada no V Seminário de Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social, realizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel) em 2020, e foi publicado nos anais do evento com o título “Reforma Trabalhista no Brasil: terceirização e direito social ao trabalho digno”.

relação de emprego (empregado-empregador) ao criar uma relação trilateral: empregador, empresa prestadora de serviços e tomador de serviços. A terceirização possuía tratamento lacunoso e vinha sendo regida principalmente por meio de entendimentos jurisprudenciais. Em 2017, o tema da terceirização na relação de trabalho foi objeto de drástica alteração por meio da regulamentação criada pela Reforma Trabalhista.

Nesse cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar os impactos causados pela denominada Reforma Trabalhista sobre o trabalho terceirizado no Brasil e avaliar se o tratamento legal está de acordo com o direito constitucional ao trabalho com dignidade. Portanto, o objetivo proposto, para além de uma averiguação das alterações normativas implementadas em 2017, abrange um olhar que tem por fundamento as disposições constitucionais garantidoras do direito social ao trabalho e da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa se justifica porque o fenômeno da terceirização é uma realidade jurídica, econômica e social que afeta o mundo do trabalho de forma contundente. A contratação de trabalhadores e a prestação de serviços em benefício de uma empresa ou órgão público diverso da figura do empregador consiste em uma relação trilateral com potencial para causar consequências aos mais caros valores constitucionais de proteção do trabalho digno. Com o advento da Lei nº 13.467/2017, as pesquisas relacionadas à terceirização recebem um novo marco e praticamente precisam abandonar as infundáveis discussões reinantes sobre as diferenças entre atividade-fim e atividade-meio. É possível afirmar que o tema da terceirização no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro renasceu a partir de 2017. Dentro desse cenário se impõe a relevância da presente pesquisa, sobretudo considerando o grande impacto social que a terceirização possui na vida de milhares de trabalhadores e famílias brasileiras.

Dentro desse panorama o presente trabalho pretende responder aos seguintes problemas de pesquisa: quais são os impactos trazidos pela Reforma Trabalhista de 2017 sobre o trabalho terceirizado no Brasil? Essas alterações estão de acordo com o direito social ao trabalho digno assegurado pela Constituição Federal?

Para o desenvolvimento da pesquisa é utilizada, inicialmente, a pesquisa bibliográfica a respeito das temáticas do Direito do Trabalho e da terceirização trabalhista, com o objetivo de compreender o problema a partir dos marcos teóricos relacionados. São abordadas também obras relacionadas ao Direito Constitucional e

à Sociologia do Trabalho, como forma de compreender os impactos da terceirização sob a ótica do direito ao trabalho digno. É realizada a análise do universo das normas ligadas ao tema, inclusive no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Para além, é feita uma análise do avançar do posicionamento jurisprudencial no Brasil acerca da prática da terceirização, especialmente dos entendimentos sumulados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a respeito do tema.

A pesquisa é pautada pelo método de análise dedutivo, partindo-se da premissa maior de que é direito social do trabalhador o acesso ao trabalho digno e da premissa menor de que a terceirização possui potencial lesivo a esse direito social se aplicada de forma generalizada. A abordagem da pesquisa é de caráter qualitativo.

1. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DIGNO

A história do trabalho acompanha a história da humanidade. O homem, enquanto ser social, não vive isoladamente e, de forma semelhante, não consegue viver se trabalhar³. Desde a necessidade de caçar animais e coletar frutas e plantas para se alimentar até as mais recentes formas de trabalho remoto, o homem é um ser que precisa exercer determinadas atividades para a manutenção da sua subsistência e para todo o mais que vem após isso (como exercer atividades de lazer). Portanto, a história do trabalho está intimamente ligada à própria história da humanidade. Segundo Vitor Eça e Cláudio Jannotti da Rocha (2014, p. 15), “a magnitude do trabalho na vida do ser humano é tamanha que uma grande parcela dos trabalhadores brasileiros permanece mais tempo em seu labor do que em sua própria residência”.

As formas jurídicas de caracterização do trabalho atuais são vastas, como por exemplo o trabalho autônomo, o trabalho avulso, o trabalho de estagiário, o trabalho eventual, o trabalho doméstico, o trabalho do servidor público e até o trabalho voluntário. O trabalho enquanto relação jurídica é um conceito multifacetado. São vários os trabalhos possíveis. Atualmente, contudo, quando se fala em trabalho quer se referir, via de regra, ao trabalho assalariado que recebe a roupagem jurídica de uma relação empregatícia. A relação de emprego passa a se consolidar

3 Nesse sentido, é possível afirmar que “o trabalho é uma das práticas mais antigas do homem, acompanhando-o desde os primórdios, no dito comunismo primitivo, passando pelo escravismo, feudalismo, permanecendo até a presente data no vigente sistema capitalista de produção” (EÇA; ROCHA, 2014, p. 15).

especialmente a partir da Segunda Revolução Industrial e dos trabalhos em linhas de produção nas fábricas. Esse tipo de trabalho (notadamente o sistema fordista) tornou o trabalhador uma espécie de engrenagem da máquina, responsável apenas por operá-la sob condições de trabalho extremamente desgastantes. Essa forma de trabalho permitiu o surgimento de uma noção de identificação entre os trabalhadores, já que realizavam as mesmas funções e compartilhavam dos mesmos sentimentos e necessidades em relação ao trabalho e suas condições. A partir deste cenário são traçadas as características essenciais da relação empregatícia enquanto base do sistema capitalista de produção e, também do Direito do Trabalho, especialmente a onerosidade e a subordinação hoje atualmente previstas no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (EÇA; ROCHA, 2014).

Apesar da pluralidade de modalidades nas quais se manifesta, todas as formas de trabalho atualmente admitidas como possíveis pelo Direito guardam uma característica em comum: devem garantir a dignidade daquele que trabalha. É dizer, o trabalho humano é uma realidade – e uma necessidade –, mas ele precisa ser concretizado de forma a garantir a dignidade do trabalhador humano. Essa preocupação em alcançar condições que possibilitem um trabalho com dignidade passa emergir especialmente a partir da derrocada de uma visão de Estado em abstenção (típica do Estado Liberal) e com o surgimento de um Estado mais atuante e garantidor de direitos que vão além da igualdade e liberdade formais (o Estado Social). É nesse sentido que o trabalho surge como um direito fundamental de segunda dimensão a partir de um papel mais interventor do Estado nas relações entre particulares, inclusive com o objetivo de garantir a dignidade. Nesse mesmo período de ascensão do Estado Social é que passa a ganhar força o surgimento do Direito do Trabalho enquanto conjunto normativo de proteção dos trabalhadores e de condições dignas de trabalho (EÇA; ROCHA, 2014).

O Direito, hoje, possui um arcabouço normativo de proteção ao trabalho que busca preservar a dignidade dos trabalhadores. Essa proteção jurídica vai desde a formação de uma entidade de caráter internacional – a Organização Internacional do Trabalho (OIT) –, suas convenções, as normas nacionais constitucionais e infraconstitucionais, até as mais específicas regulamentações dos órgãos de fiscalização e organização do trabalho.

No âmbito internacional a proteção ao trabalho com dignidade possui amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O art. 23 da Declaração é exclusivamente dedicado à proteção do trabalho e prevê os direitos universais de acesso ao trabalho em condições satisfatórias, proibição de discriminação e direito à remuneração equitativa e que permita a existência conforme a dignidade humana (ONU, 1948). Ainda no cenário internacional, possui destaque a atuação da OIT e a sua agenda pela promoção do trabalho decente. Trata-se da ideia de que o trabalho precisa ser compreendido como um meio de acesso à uma vida digna e constitui uma síntese da missão da OIT para que trabalhadores e trabalhadoras possam ter acesso a um trabalho em condições de liberdade, dignidade e segurança. O conceito de trabalho decente simboliza um ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT: “a promoção dos direitos no trabalho, a geração de empregos produtivos e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social” (OIT, 2015, p. 27). Nesse sentido, a atuação sob o ponto de vista jurídico-normativo da OIT se revela principalmente a partir da edição das suas convenções, como, a título exemplificativo, a Convenção nº 29 (proibição de formas de trabalho forçado), Convenção nº 95 (proteção ao salário), Convenção nº 100 (igualdade de remuneração para homens e mulheres) e nº 161 (sobre os serviços de saúde no local de trabalho).

No âmbito brasileiro, o direito ao trabalho digno constitui direito social fundamental de alicerce constitucional. A eleição dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República pela Constituição de 1988 confere ao legislador, ao operador do Direito e ao pesquisador um marco teórico-político que deve guiar a compreensão da temática. Conforme afirma José Afonso da Silva (2005, p. 289-290):

Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho, e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Destaca-se a importância do princípio da dignidade humana e seus reflexos

sobre o mundo do trabalho. O princípio da dignidade da pessoa humana foi pela primeira vez contemplado pela ordem constitucional brasileira em 1988 e possui destaque guardado pelo legislador constitucional, no artigo 1º da Carta e no título relativo aos princípios fundamentais. Assim, a Constituição assenta o princípio da dignidade da pessoa humana em posição que ilumina toda a ordem jurídica constitucional e, também, infraconstitucional (SARLET, 2012). É por essa razão que o direito ao trabalho necessariamente precisa ser reconhecido dentro do contexto de um Estado Constitucional em que a dignidade do ser humano é um valor fundamental e que deve ser resguardado inclusive nas suas relações de trabalho.

O trabalho, aliás, deixou de uma simples necessidade e uma realidade da vida social: o trabalho é um direito. As pessoas possuem direito a trabalhar e o Estado possui o dever de garantir esse direito. A despeito dos debates acerca da sua efetividade, é nesse sentido a previsão do *caput* do artigo 6º da Constituição Federal brasileira⁴, dispositivo responsável elencar o trabalho como um direito fundamental social.

Assim, entende-se que o trabalho é uma faceta indispensável da vida humana e que todos possuem o direito ao trabalho digno, garantia jurídica amplamente assegurada no âmbito internacional e nacional. É dentro desse cenário jurídico garantidor de dignidade ao ser humano enquanto trabalhador que será abordada a prática da terceirização das relações de trabalho.

2. A TERCEIRIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL

A relação de trabalho, especialmente a relação empregatícia, é caracteristicamente marcada por ser formada por um binômio empregado e empregador. Trata-se da regra de ser o contrato de trabalho uma relação bilateral, ou seja, a relação que compreende, de um lado, o empregado que presta trabalho e, de outro, o empregador que contrapresta salário.

A terceirização trabalhista é uma prática que rompe com a regra tradicional do trabalho bilateral, pois envolve um agente adicional, a empresa tomadora, que

4 Assim dispõe o artigo que inaugura o capítulo relativo aos direitos sociais na Constituição “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).

apenas será beneficiada pela força de trabalho sem assumir a qualidade de empregadora. Do ponto de vista do empresário, a terceirização é a simples transferência de tarefas de execução de determinadas atividades a outras empresas (geralmente menores), com empregados próprios.

Explicando a estrutura dessa relação trilateral de trabalho, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 13) assim conceitua a terceirização:

A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadores de serviços especializados.

A terceirização, como se pode notar, envolve uma relação trilateral entre o empregado, a empresa prestadora de serviço (empregador) e a empresa tomadora (contratante dos serviços). Entre a empresa tomadora (contratante) e a prestadora de serviço é firmado um contrato de natureza civil ou empresarial (contrato de prestação de serviços). Diversamente, entre a empresa prestadora de serviço e o empregado é firmado o contrato de trabalho. O vínculo de emprego, assim, existe entre o empregado e a empresa prestadora de serviço, mas aquele presta o serviço à empresa tomadora (contratante).

Portanto, por meio da terceirização o vínculo empregatício é formado entre empregado e uma empresa que tem por atividade justamente o fornecimento de mão de obra para outras empresas, por meio da celebração de contrato de Direito Civil. Assim, a terceirização traduz um abrigo legal para que aquela empresa que se beneficia da força de trabalho não seja considerada empregadora, mas tão somente tomadora dos serviços, não arcando diretamente com verbas trabalhistas e contribuições previdenciárias.

Compreendido no que consiste a terceirização trabalhista, é necessário destacar que a relevância do debate e o grande conflito de opiniões acerca da terceirização reside na contraposição de interesses entre empregados e empregadores. Regra geral, os primeiros são contrários à terceirização, pois o processo seria causador de precarização da relação de trabalho de diversas formas, sobretudo pela discriminação entre trabalhadores terceirizados e não terceirizados e pela frequente inidoneidade financeira das empresas fornecedoras de mão de obra o que acaba gerando inadimplemento de verbas trabalhistas. Os empregadores, por outro lado, são favoráveis, pois, sob a ótica da empresa, a terceirização aumentaria a qualidade dos produtos, otimizaria a força de trabalho, reduzindo custos e gerando empregos.

Assim, a temática da terceirização é um dos pontos que pertence ao complexo e intenso conflito de interesses que surge do confronto entre capital versus trabalho⁵.

Compreendido o cenário dentro do qual se insere a disputa acerca da sua proibição ou liberação, é necessário analisar qual é o tratamento pela legislação trabalhista brasileira acerca da terceirização. Neste ponto, de imediato é preciso afirmar que durante longos anos a terceirização não recebeu do legislador a atenção que sua magnitude social sempre exigiu. Nesse sentido dispõe Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 30):

No Brasil, por muito tempo não houve lei disciplinando a terceirização de forma genérica. As hipóteses de subcontratação previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (art. 455, que trata da empreitada e da subempreitada, e o art. 652, a, inciso III, que trata da pequena empreitada) referiam-se a situações peculiares que eram consideradas como embrião da ideia e do modelo de terceirização utilizado nos dias de hoje. Da mesma forma, a Lei nº 6.019/1974 (trabalho temporário) e a Lei nº 7.102/1983 (terceirização de serviços de vigilância bancária) tratam de situações específicas e não abrangiam todas as hipóteses e possibilidades de subcontratação de mão de obra.

Apesar da ausência de tratamento legal adequado, a terceirização veio se consolidando na realidade brasileira. Em análise crítica acerca do crescimento da terceirização no Brasil, Graça Druck (2011, p. 45-46) afirma que nos anos 1990 a terceirização surgiu como forma de vencer as barreiras impostas pela crise econômica. Contudo, nos anos 2000, em períodos de economia já estabilizada, a terceirização continuou a se expandir, inclusive no âmbito da administração pública:

No que diz respeito à terceirização, no início dos anos 1990, numa conjuntura econômica de instabilidade e de crise, poder-se-ia afirmar que as empresas justificavam a adoção da terceirização como “ferramenta” ou “estratégia” para sobreviver diante da reestruturação e redefinição das bases de competitividade no plano internacional e nacional (BORGES; DRUCK, 1993; DIEESE, 2007). Entretanto, nos anos 2000, numa conjuntura econômica internacional favorável e de retomada do crescimento para todos os setores, especialmente aqueles estudados nos anos 1990 (automotivo, petroquímica e bancário), não se altera o movimento da terceirização, que continua a crescer em todas

5 Nesse sentido é que “o poder político de uma classe e a capacidade de tornar concretos seus interesses políticos dependerá não somente de seu lugar de classe em relação às outras classes, mas também de sua posição estratégica relativamente a elas. O direito do trabalho, por sua vez, também é tomado como relação (Neumann, 1983) em cujos polos estão empregador e trabalhador: este a vender sua força de trabalho; àquele, mediante salário. (DROPPA; BIAVASCHI; VAZQUEZ, 2017, p. 3)

as atividades, atingindo agora também o setor público de forma intensa.

Apesar de ser um fenômeno cada vez mais consolidado no universo das relações de trabalho⁶, nunca houve de fato uma lei que regulamentasse especificamente a terceirização, traçando o seu significado, sua proibição ou autorização, seus limites ou hipóteses de cabimento e suas regras de aplicação de forma geral. A própria CLT não possui nenhuma disposição acerca da terceirização. De forma geral, o Brasil possuía somente leis esparsas e que tangenciavam o tema da terceirização, a exemplo da Lei nº 6.019/74 - que veio para regulamentar o trabalho temporário, outra forma de relação trilateral de trabalho - e da Lei nº 7.102/83 – que autorizou a terceirização apenas para serviços de vigilância bancária. A terceirização trabalhista, por si, era um fenômeno vivo nas relações de trabalho, mas esquecido pela legislação.

Em razão dos intensos conflitos gerados a partir contratação de mão de obra terceirizada em um cenário de ausência de regulamentação, o resultado não poderia ser diferente: os conflitos trabalhistas passaram a bater às portas da Justiça do Trabalho. Sendo a terceirização uma realidade, os litígios entre empregados, empregadores e tomadores dos serviços exigiram uma resposta jurisdicional. Apesar de já existirem algumas hipóteses específicas de autorização legal da terceirização, na prática, contudo, o uso da terceirização ocorreu de forma bem mais disseminada. Sobretudo no setor bancário, a terceirização vinha se consolidando como prática de contratação⁷.

Assim, a jurisprudência foi chamada a adotar um papel de protagonismo no que diz respeito à terceirização no Brasil, traçando por meio da atividade interpretativa os contornos desse fenômeno. Nesse cenário, no ano de 1986 o Tribunal Superior do Trabalho traçou o primeiro marco jurisprudencial a respeito da terceirização, o Enunciado nº 256.

6 A terceirização das relações de trabalho veio se consolidando na realidade do mercado de trabalho brasileiro a despeito do silêncio gritante da legislação brasileira, pois, conforme Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 30), “[...] a inexistência de uma legislação mais abrangente não impediu que nas décadas de 1980 e 1990 fosse verificado um aumento crescente da terceirização de serviços [...]”.

7 Os serviços de limpeza foram exemplo de atividade em que a contratação de empresas fornecedoras de mão de obra ocorria em larga escala. Até então, porém, não havia autorização legislativa nesse sentido, pois os serviços de limpeza não se enquadravam nas raras concessões normativas para terceirização e também não admitiam a figura do trabalho temporário com base na Lei nº 6.019/74 em razão necessidade de prestação permanente desse tipo de serviço (LEITÃO, 2012).

Nesse cenário foi que no ano de 1986, o Tribunal Superior do Trabalho pela primeira vez apresentou seu entendimento consolidado acerca do tema, por meio do então Enunciado nº 256⁸:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (BRASIL, 1986).

A redação do Enunciado nº 256 é sintética e objetiva, deixando claro o entendimento e a intenção do Poder Judiciário de barrar a terceirização desmedida. O Enunciado nº 256 representou posicionamento rigoroso de contrariedade à contratação terceirizada irrestrita que vinha ocorrendo no país. O entendimento foi simples: a contratação de trabalhador por meio de outra empresa é ilegal, exceto nos casos expressamente previstos em lei à época, quais sejam, trabalho temporário e serviços de vigilância. Quaisquer contratações que estiverem fora desses parâmetros passam a ser tomadas pela Justiça do Trabalho como ilícitas, por configurar intermediação de mão de obra⁹. A ideia central é vedar que a força de trabalho se torne uma mercadoria, um produto a ser vendido por empresas prestadoras que, como em qualquer empreendimento, iriam buscar o lucro e a redução de custos, em detrimento da qualidade das relações de trabalho.

Esse posicionamento restritivo assumido pelo TST, porém, era alvo de fortes críticas doutrinárias¹⁰ e de divergências dentro do próprio Tribunal. Assim, seja em

8 José Roberto Freire Pimenta (2012, p. 18) traça o panorama que exigiu do Poder Judiciário a adoção de uma posição uniformizada acerca da terceirização: “como se sabe, com a disseminação da terceirização por intermédio de empresas fornecedoras de mão de obra e o ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30/09/86, aprovou a Súmula nº 256, por meio da qual restringiu duramente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, considerando-a sempre, salvo as duas exceções nela expressas, como caracterizadora de *marchandage* (isto é, a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas) e, portanto, ilícita”.

9 Conforme Magda Biavaschi e Alisson Droppa (2011, p.130), o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 256 preponderou no período compreendido entre 1985 e 1990, servindo como norte para decisões judiciais que reconheciam o vínculo de emprego direto com a tomadora dos serviços ou, ainda, que reconheciam sua responsabilidade solidária para arcar com as verbas trabalhistas.

10 Em artigo escrito em 1993, Amauri Mascaro Nascimento (1993), um dos principais nomes no Direito do Trabalho no país, já sustentava não ser desejável a aplicação irrestrita do Enunciado. O autor defendia que fosse analisado se a empresa prestadora do serviço fornecia mão de obra com exclusividade à tomadora ou se, ao contrário, também prestava serviços para outras empre-

razão das críticas teóricas, seja porque a terceirização em outros ramos para além daqueles autorizados era uma realidade no mundo do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho acabou por realizar uma revisão de seu entendimento, dando origem à famigerada Súmula nº 331.

A Súmula nº 331 constitui um verdadeiro marco na história brasileira da terceirização do trabalho. Editada no ano de 1993, é possível afirmar que até o ano de 2017 a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi a “lei da terceirização” brasileira. Diz-se isso porque para analisar a legalidade ou não da contratação terceirizada de trabalhadores, não havia regulamentação legal ou infralegal a ser consultada: o parâmetro de análise é a adequação ou não aos termos do entendimento jurisprudencial sumulado.

Em razão da sua complexidade (o enunciado possui seis incisos) não é o propósito do presente trabalho realizar uma análise detida do conteúdo da Súmula nº 331. No entanto, para os fins aqui relevantes, importa destacar que esse novo entendimento consolidado pelo TST manteve, como regra geral, a vedação da contratação de trabalhadores por empresa interposta. As hipóteses de exceção permaneceram sendo aquelas expressamente ressalvadas por lei específica, mas também (e aqui reside a relevância e também os calorosos debates doutrinários e judiciais) foi autorizada a contratação de mão de obra terceirizada para o desempenho das atividades-meio da empresa tomadora dos serviços¹¹. Foi criada, portanto, uma espécie de exceção à proibição de terceirizar com uma amplitude semântica que não define com precisão os seus contornos conceituais. Assim, em verdade houve uma mudança significativa na regulamentação da terceirização. Passou-se a admitir como lícita a terceirização em quaisquer espécies de atividades empresárias, desde que os trabalhadores fossem contratados para exercer função na atividade-meio da empresa tomadora¹².

sas. A prestação de serviços para terceiros diversos que não exclusivamente uma empresa tomadora específica seria critério para balizar a legalidade da terceirização.

11 Assim prevê a redação do inciso III da Súmula nº 331 do TST: “III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (BRASIL, 1993).

12 Para Larissa Alfaro (2016, p. 77) o advento da Súmula nº 331 representou a passagem de uma concepção restritiva para uma permissão mais ampla da utilização da terceirização: “Isto posto, vê-se que a Justiça do Trabalho passou, especialmente a partir de 1993, com a aprovação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de uma concepção restritiva do uso da categoria da terceirização para uma maior permissividade. A súmula passou a dispor, diferentemente do en-

A nova Súmula nº 331 criou um novo critério para a análise da legalidade ou não da terceirização: a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Sendo a terceirização na atividade-fim da empresa (entendida como sua atividade principal), a prática seria ilícita; sendo a terceirização na atividade-meio (entendida como atividade acessória), seria lícita. Ocorre que essa distinção deu origem aos mais tormentosos debates acerca do que poderia ser ou não considerado atividade-fim de uma empresa para fins de autorizar ou vedar a contratação de trabalhadores terceirizados (ALFARO, 2016).

Após longo período de lacuna normativa e de uma regulamentação às avessas via Poder Judiciário, em 2017 foi editada a Lei nº 13.467/2017, responsável por um profundo impacto na temática da terceirização das relações de trabalho. A nova lei ficou conhecida como Reforma Trabalhista em razão do enorme impacto sobre toda a legislação trabalhista brasileira, inclusive alterando e revogando uma série de dispositivos da CLT. A terceirização também foi objeto de uma drástica mudança e passou a receber um tratamento normativo absolutamente diverso da história da terceirização no Brasil.

3. REFORMA TRABALHISTA E TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: O TRABALHO COMO MERCADORIA

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) promoveu alteração radical na regulamentação brasileira sobre a terceirização das relações de trabalho. De forma sucinta, é possível afirmar que foi realizada uma autorização geral e irrestrita da contratação de trabalhadores terceirizados por intermédio de uma outra empresa especializada em fornecer mão de obra¹³. Não há mais restrição da contratação apenas para atividades-meio ou acessórias. A prestação de serviços a terceiros passa ser admitida para quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive com

tendimento até então prevalecente (Enunciado 256), que não formaria vínculo empregatício com o tomador de serviços a contratação dos serviços de vigilância, de conservação e de limpeza, e “de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta”, conforme texto da referida súmula”.

13 A Lei nº 13.467/2017 implementou a autorização da terceirização por meio da alteração do artigo 4-A da Lei nº 6.019/74, para fazer constar que: “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (BRASIL, 2017).

destaque expresso de que está abrangida a atividade principal da empresa tomadora dos serviços¹⁴.

Desta forma, é possível afirmar que atualmente o Brasil autoriza que empresas desenvolvam suas atividades exclusivamente com mão de obra terceirizada, por meio de uma empresa prestadora de serviços. Vale dizer, é possível que uma empresa de grande porte atue sem possuir empregados próprios. Nesse sentido dispõe Vanessa Patriota da Fonseca (2018, p. 106):

Quando se permite a terceirização total das atividades de uma empresa, admite-se que ela possa funcionar sem possuir um empregado sequer, e assim surgiriam hospitais sem contratar médicos, escolas sem contratar professores, restaurantes sem contratar garçons, bancos sem contratar bancários, empresas de transporte sem contratar motoristas etc.

Enquanto fenômeno integrante do sistema de produção de bens e serviços, a terceirização teve a sua utilização muito impulsionada pelo desenvolvimento das técnicas de produção em larga escala. A busca pela redução de custos e pela otimização da força produtiva, geradas sobretudo pelo modo de produção capitalista, tornou necessária uma nova organização dos sistemas produtivos, até mesmo como forma de se adaptar as circunstâncias criadas pelas crises econômicas¹⁵. Entende-se que a autorização da terceirização, portanto, é essencialmente uma demanda de cunho econômico por parte do setor produtivo.

A defesa em favor da adoção da terceirização levantada pela classe econômica/empregadora é no sentido de que contratar trabalhadores terceirizados gera um aumento de produtividade na gestão do negócio empresarial e, assim, promove o crescimento da economia e por consequência um maior número de postos de emprego. Nesse sentido é que de José Ribeiro de Campos (2004, p. 297) defende a prática

14 A análise desenvolvida neste trabalho toma como pressuposto que sob a ótica normativa-legal a terceirização foi indiscutivelmente autorizada pela Reforma Trabalhista. Não se desconhece, contudo, as problemáticas que podem ser suscitadas a partir da nova regulamentação, como por exemplo, a dificuldade fática de que possa existir contratação de trabalhadores terceirizados na atividade-fim de uma empresa sem que sejam subordinados à empresa tomadora, como exige a Reforma para que a terceirização seja lícita (FONSECA, 2018).

15 Segundo Tábata Leitão (2012), o Toyotismo pode ser apontado como o sistema de produção que dá a origem ao processo de terceirização da mão de obra, pois buscava a instauração de uma relação entre empresas diversas, num sistema de subcontratação que tinha por objetivo a especialização das etapas de produção. A ideia era concentrar esforços na atividade principal – montagem dos veículos – descentralizando tarefas secundárias para empresas menores.

da terceirização com forma de modernizar a estrutura de produção das empresas:

O processo de terceirização está associado à focalização, que é a estratégia das empresas de concentrar suas atividades naquilo que é o segredo do negócio, facilitando a gestão empresarial, para diminuir a diversidade das formas de organização da produção e do trabalho. Com a terceirização as empresas têm condições de reduzir custos e melhorar o desempenho e a qualidade, vez que realizam um menor número de processos o que é importante para enfrentar a concorrência. Empresas que já passaram pela fase de acentuada centralização e verticalização, adotando o processo de terceirização perceberam os benefícios de terem se tornado mais ágeis, eficientes, eficazes, ganharam qualidade, especialização e finalmente, como resultado da terceirização, competitividade dos seus produtos no mercado.

Assim, a terceirização é tomada como um reflexo positivo do processo de flexibilização das relações de trabalho¹⁶, permitindo uma maior dinamismo e modernidade na estrutura produtiva das empresas, gerando redução de custos e até um suposto benefício para o trabalhador ao obter aprimoramento profissional, conforme defende José Ribeiro de Campos (2004).

No entanto, entende-se que tais argumentos trazidos em prol da terceirização são falaciosos e, no mais das vezes, utilizados de forma a dissimular o verdadeiro objetivo do empregador com a terceirização: a simples redução dos seus custos de produção e, por consequência, um aumento da margem de lucro. Assim, compreende-se que a terceirização implica uma precarização das relações de trabalho incompatível com o direito social ao trabalho digno.

Para a análise dos motivos que levam as empresas a contratar trabalhadores terceirizados, é interessante o conteúdo do relatório Sondagem Especial nº 68 (CNI, 2017), cujo tema é a terceirização, produzido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), ou seja, a organização máxima do setor industrial brasileiro. O estudo aponta que 63,1% das indústrias brasileiras utilizam serviços terceirizados, o que denota a terceirização enquanto um fenômeno largamente presente no universal social no país. Os três serviços mais terceirizados são de segurança/vigilância, montagem e/ou manutenção de equipamentos e logística/transporte (CNI, 2017). Para os fins deste trabalho, é interessante o resultado da pesquisa no que diz respeito aos moti-

16 Nesse sentido José Ribeiro de Campos (2004, p. 306): “Dentre as manifestações de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, destaca-se a terceirização, que consiste na possibilidade de uma empresa (tomadora dos serviços) contratar outra empresa (prestadora dos serviços) para realizar determinadas atividades, que antes eram realizadas pela própria empresa tomadora”.

vos que levam às empresas a terceirizar serviços. De acordo com o estudo formulado pela própria entidade representante da classe empresarial, o principal motivo leva à decisão de terceirizar é a redução de custos de produção, o qual foi apontado por 88,9% das empresas como motivo importante ou muito importante para decidir pela terceirização.

Vê-se, portanto, que a finalidade reconhecida pelas próprias empresas com a terceirização é estritamente econômica e está ligada à redução de custos que se obtém ao deixar de contratar empregados diretamente – o que demonstra que os trabalhadores terceirizados possuem média salarial inferior. Ainda a respeito do referido estudo, é interessante a conclusão apresentada como aspecto positivo de que 71,8% das empresas tomadoras de serviços verificam se a empresa contratada (empregadora) cumpre com seus encargos trabalhistas de FGTS, INSS e outros (CNI, 2017). Apesar de a estatística ser apresentada como positiva, entende-se que na verdade o resultado é negativo, já que demonstra que 28,2% das empresas tomadoras sequer cumprem um dos mais elementares deveres que é o de fiscalizar o cumprimento das obrigações básicas da empresa contratada junto aos seus empregados. Por fim, apontou-se que os principais obstáculos à terceirização são o custo maior do que o esperado (32,6% das empresas) e o receio de fiscalização trabalhista (31,2% das empresas), o que também demonstra que o objetivo é a redução de custos empresariais e o preço pago por isso é a precarização das condições de trabalho dos empregados terceirizados.

A terceirização da contratação de trabalhadores é uma prática que avançou em todo o mundo e da mesma forma no Brasil, sob o argumento da modernização das relações de trabalho e da otimização da produtividade sem afetar os direitos dos trabalhadores. No entanto, a terceirização consiste em uma prática que, em última análise, busca beneficiar apenas o empregador, já que, em relação ao trabalhador, é causadora de um “aprofundamento das iniquidades, com potencial altamente precarizador das relações de trabalho [...]” (DROPPA; BIAVASCHI; VAZQUEZ, 2017, p. 2).

A Reforma Trabalhista autorizou o funcionamento de empresas prestadoras de serviços cuja finalidade é exclusivamente fornecer mão de obra terceirizada para outras empresas tomadoras. Portanto, o serviço oferecido pela empresa, o seu

modelo de negócio, é a força de trabalho de seres humanos. Nesse sentido, considerando que a terceirização é prática que reduz os custos das empresas tomadoras dos serviços terceirizados, como visto, é certo que essa redução somente se sustenta “[...] se a contratada não investir em prevenção de acidentes e em equipamentos de proteção coletiva e individual, pagar salários menores, não pagar horas extras, não depositar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), deixar de conceder os intervalos para descanso para que o trabalhador labore mais etc” (FONSECA, 2018, p. 97).

Trata-se, em verdade, de uma questão lógica: se a empresa tomadora deixa de contratar empregados diretamente para contratar através de uma outra empresa que, para além de pagar todas as verbas devidas a esses trabalhadores, ainda lucrará com essa atividade, é conclusão necessária que os custos com esses trabalhadores são inferiores (leia-se, condições de trabalho mais precárias) do que em caso de contratação direta pela empresa beneficiária da força de trabalho. Nesse sentido, Vanessa Patriota da Fonseca (2018, p. 96) afirma que a terceirização da atividade principal consiste em uma simples transferência da contratação do empregado, ou seja, “é alugar ser humano, o que é repudiado em todos os cantos do planeta”.

Essa compreensão há muito é repudiada pela comunidade jurídica, inclusive no âmbito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o direito ao trabalho livre, justo e que lhe assegure uma existência compatível com a dignidade humana (artigo 23). A Declaração de Filadélfia, de 1964, elenca como princípio fundamental que inspira a atuação da OIT o de que “o trabalho não é uma mercadoria” (OIT, 1944, p. 19). Para Graça Druck (2011, p. 47), o processo de terceirização é um modelo de organização do trabalho que atende a interesses econômicos sem preocupação com a dignidade do trabalhador:

Essa “epidemia” da terceirização, como uma modalidade de gestão e organização do trabalho, explica-se pelo ambiente comandado pela lógica da acumulação financeira que, no âmbito do processo de trabalho, das condições de trabalho e do mercado de trabalho, exige total flexibilidade em todos os níveis, instituindo um novo tipo de precarização que passa a dirigir a relação entre capital e trabalho em todas as suas dimensões. E, num quadro em que a economia está toda contaminada pela lógica financeira, sustentada no curtíssimo prazo, mesmo as empresas do setor industrial buscam garantir os rendimentos, exigindo e transferindo aos trabalhadores a pressão pela maximização do tempo, pelas altas taxas de produtividade, pela redução dos custos com o

trabalho e pela “volatilidade” nas formas de inserção e de contratos. E a terceirização corresponde, como nenhuma outra modalidade de gestão, a essas exigências.

Assim, entende-se ser inegável que a defesa em torno da autorização da terceirização possui finalidade de cunho financeiro em detrimento da qualidade das condições de trabalho. Ocorre que a Constituição Federal traçou um pressuposto inafastável de que o trabalho digno constitui direito social fundamental. É dentro desse cenário de valorização do trabalho digno – e não da simples busca por uma suposta modernização das relações de produção de emprego – que deve ser compreendida a prática da terceirização. Daí se extrai que a terceirização não é a regra geral, mas a exceção da normalidade da formação do vínculo de emprego. Em razão disso, merece o tratamento normativo e hermenêutico que leve em consideração seu caráter de excepcionalidade, sob pena de a exceção se tornar regra. Não foi essa, contudo, a opção legislativa tomada pela Reforma Trabalhista de 2017 que, de forma preocupante, autorizou de maneira irrestrita a prática da terceirização da mão de obra no Brasil.

CONCLUSÕES

A terceirização das relações de trabalho é temática integrante do universo trabalhista que constitui uma fonte de intensos conflitos entre empregados e empregadores. Os debates acerca da terceirização envolvem, de um lado, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência de mercado e, de outro, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o direito fundamental ao trabalho com dignidade.

A pesquisa demonstrou que o Brasil sempre possuiu tratamento normativo deficitário em relação à terceirização, em um verdadeiro silêncio legislativo que convivia com uma realidade social de intensa utilização da terceirização. Assim, a regulamentação da terceirização no Brasil se deu por meio da atividade jurisprudencial, notadamente a partir das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, com destaque para a Súmula nº 331. Com o advento da Lei nº 13.467/2017 foi promovida uma profunda alteração na aplicação da terceirização no país, passando-se de uma autorização jurisprudencialmente regulada para uma autorização ampla e irrestrita

para qualquer atividade, mesmo aquelas consideradas as atividades finais da empresa tomadora dos serviços.

A terceirização desmedida autorizada pela Reforma Trabalhista traz riscos ao direito fundamental ao trabalho digno, o que pode ser percebido pela constatação de que o principal motivo que leva às empresas a decidir pela terceirização é a diminuição dos custos de produção. É necessário estabelecer a ideia central de que a empresa prestadora de serviços, ou seja, quem assume a condição formal de empregador, não pode ser compreendida como uma simples empresa fornecedora (vendedora) de mão de obra. Essa compreensão é crucial, haja vista que o instituto da terceirização trabalhista, quando percebido na prática social, facilmente se aproxima da ideia da simples comercialização da força de trabalho, trazendo precarização às relações de trabalho e tratando o trabalho humano como simples mercadoria que pode ser livremente vendida e negociada de acordo com as regras econômicas do mercado.

REFERÊNCIAS

ALFARO, Larissa Menine. **Terceirização do trabalho no Brasil, precarização e a vedação do retrocesso social**. 2016. 170 f. Dissertação. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41802/R%20-%20D%20-%20LARISSA%20MENINE%20ALFARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 05 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jul. 2017b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Enunciado nº 256. Resolução 4 de 1986, Diário de Justiça de 30 set. de 1986. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 331. Resolução 3 de 1993, Diário de Justiça de 28 dez. de 1993. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações**, Londrina, vol. 16, n. 1, p. 124-141, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

CAMPOS, José Ribeiro de. Aspectos da terceirização e o Direito do Trabalho. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 290-309, 2004. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/496/494>>. Acesso em 12 jan. 2021.

CNI - Confederação Nacional da Indústria. Terceirização é elo estratégico na produção da indústria. **Sondagem Especial 68**: terceirização, Brasília, ano 18, n. 1, mar. 2017. Disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/sondesp-68-terceirizacao/>>. Acesso em 10 jan. 2021.

DROPPA, Alisson; BIAVASCHI, Magda Barros; VAZQUEZ, Bárbara. CONTRADIÇÕES DO TRABALHO NO BRASIL ATUAL: Terceirização, correspondentes bancários e a Justiça do Trabalho. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200503&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08 jan. 2021.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **Caderno CRH**, Salvador, vol. 24, n. 01, 2011, p. 35-55. Disponível em: <<https://portal-seer.ufba.br/index.php/crh/issue/view/1340>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super)proteção na dispensa coletiva. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. (coord.) **Direito material e processual do trabalho na perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2014, p. 15-36.

FONSECA, Vanessa Patriota da. Terceirizar a atividade-fim é alugar o trabalhador. *In*: CAMPOS, André Gambier (org.). **Terceirização do Trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília, Ipea, 2018.

LEITÃO, Tábata Gomes Macedo de. **A terceirização no contexto de eficácia de direitos fundamentais**. 2012. 254 f. Dissertação. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 2012.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em 11 jan. 2021.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição OIT e Declaração de Filadélfia**. 1944. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm>. Acesso em 11 jan. 2021.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil: uma estratégia de ação baseada no diálogo social**. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_467352/lang--pt/index.htm>. Acesso em 11 jan. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização** – trabalho temporário, cooperativas de trabalho. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017.

MEZZAROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Subcontratação ou terceirização. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 83, p. 20-25, jul. 1993.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, vol. 1, n. 10, ago, 2012, p. 12-52. Disponível em: <<https://ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ROMAR; Carla Teresa Martins. Terceirização em atividade-fim e em atividade-meio após a Lei nº 13.467/2017: pacificação da questão? **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 137, p. 29-38, mar/2018. Disponível em <<https://www.aasp.org.br/revista-do-advogado/>>. Acesso em 05 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Guilherme Camargo Massaú

Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da UFPel; Pós-Doutor na PUCRS; Doutor em Direito pela Unisinos. Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Autor dos livros: Metodologia Jurídica. Do início da ciência do direito ao iluminismo português, editora Atlas; O princípio republicano do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita, editora Unijuí; O Estado de Direito e as dimensões da res publica, editora Prismas; Princípios Constitucionais e Relações Internacionais, ed. Livraria do Advogado.

Thiago Ribeiro Rafagnin

Professor de Direito Constitucional no Curso de Direito da Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB), onde coordena o projeto de extensão denominado Núcleo de Direito Constitucional Avançado. Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPel). Doutor em Política Social e Direitos Humanos, pela Universidade Católica de Pelotas. Autor do livro: Elementos de Democracia Participativa, editora Prismas.

Victor Ribeiro da Costa

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPel). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Advogado. Servidor Público da Universidade Federal de Sergipe.

ARCO

EDITORES ● ● ●



www.arcoeditores.com



[/arcoeditores](https://www.instagram.com/arcoeditores)



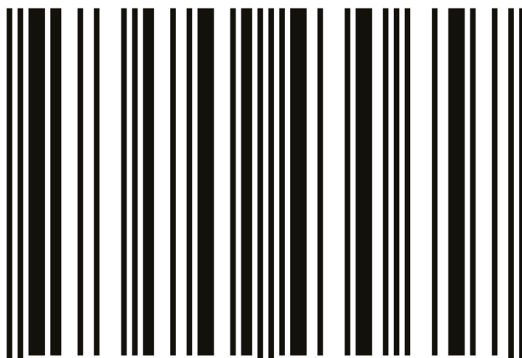
[@arcoeditores](https://www.facebook.com/arcoeditores)



contato@arcoeditores.com

ISBN: 978-65-994306-5-7

ARL



9 786599 430657