

- COORDENAÇÃO
- JAQUELINE ALVES DA SILVA DEMETRIO

CADERNO
JURÍDICO II:
Diálogos em Direitos
Humanos
Fundamentais

"Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza"

BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS

CADERNO JURÍDICO II: Diálogos em Direitos Humanos Fundamentais

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Todos os direitos desta edição reservados à EDITORA UEMA

CADERNO JURÍDICO II

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO

Jeanne Ferreira de Sousa da Silva

EDITOR RESPONSÁVEL

Jeanne Ferreira de Sousa da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Alan Kardec Gomes Pachêco Filho	Jackson Ronie Sá da Silva
Ana Lucia Abreu Silva	José Roberto Pereira de Sousa
Ana Lúcia Cunha Duarte	José Sampaio de Mattos Jr
Cynthia Carvalho Martins	Luiz Carlos Araújo dos Santos
Eduardo Aurélio Barros Aguiar	Marcelo Cheche Galves
Emanoel Cesar Pires de Assis	Marcos Aurélio Saquet
Emanoel Gomes de Moura	Maria Medianeira de Souza
Fabíola Hesketh de Oliveira	Maria Claudene Barros
Helciane de Fátima Abreu Araújo	Rosa Elizabeth Acevedo Marin
Helidacy Maria Muniz Corrêa	Wilma Peres Costa

CAPA E DIAGRAMAÇÃO

Alexandre Bezerra Praseres
Brenda Caldas Sousa Santos
Hyago Silva Borges de Oliveira

C122 Caderno jurídico II: diálogos em direitos humanos fundamentais / coordenadora, Jaqueline Alves da Silva Demetrio. – São Luís: EDUEMA, 2022.
277 p.
Vários autores.
Inclui bibliografia ao final dos capítulos.
ISBN: 978-85-8227-274-9
1.Extensão universitária. 2.Ensino superior. 3.Brasil - Direitos humanos. I.Universidade Estadual do Maranhão. II.Demetrio, Jaqueline Alves da Silva. III.Título.

CDU: 342.7(81)

APRESENTAÇÃO

Esta obra coletiva, que está em sua segunda edição, é um contributo na melhoria da qualidade da produção científica em nossa Universidade, particularmente no curso de Direito, por meio da publicização dos trabalhos desenvolvidos pelos alunos do curso sob a orientação dos professores nas atividades acadêmicas.

Por vezes, a pesquisa se articula nas atividades de ensino, pesquisa e extensão e nem sempre ganham o espaço de destaque que merecem. Nesse sentido, tenho imenso orgulho em coordenar a obra “Caderno Jurídico” produto de artigos científicos realizados por alunos e egressos do curso de direito da UEMA.

Na condição de professora orientadora, de alguns artigos aqui presentes e do grupo de extensão, GEAPJ, bem como de Diretora do Curso de Direito da UEMA, recomendo a leitura desta importante obra jurídica que trará contribuições assertivas para a construção do pensamento na área do direito em suas distintas ramificações.

O caderno estrutura-se nas áreas do direito cujas temáticas passeiam pelo direito constitucional, administrativo, do trabalho, penal, internacional e sobremaneira nos direitos humanos sob o despertar do olhar crítico jurídico que se busca na academia, bem como coaduna os Objetivos do Desenvolvimento sustentável – ODS, especialmente, em respeito à ODSs 8 e 4 que primam pelo trabalho decente e crescimento econômico e pela Educação de qualidade respectivamente, impactando inclusive à ODS de forma globalizada por meio de seus efeitos.

A exposição do que se pensa e faz no curso de direito da UEMA através dos artigos aqui expostos, bem como o que se realiza nas disciplinas e Projetos Acadêmicos, reflete e contribui na formação humana, e não apenas acadêmica, com o propósito de produção do conhecimento científico, apreensão dos saberes e valores produzidos que se inserem no centro do processo ensino-aprendizagem e do trabalho acadêmico, visto que a educação é um direito humano e social.

Assim, a proposta desta obra, de maior diálogo e reflexão nas temáticas jurídicas, é louvável e deve ser incentivada por todos aqueles que estão verdadeiramente preocupados com a universidade, com o curso e com a formação e qualificação do corpo discente e docente.

Esta obra certamente irá interessar a toda academia que compartilha o propósito da fomentação do ensino, pesquisa e extensão e sobremaneira aos pesquisadores que em diferentes níveis buscam o aprimoramento do conhecimento compartilhado e ampliado para a transformação de suas realidades, bem como a da sociedade em que vivemos.

Profa. Dra. Jaqueline Alves da Silva Demetrio
Setembro de 2022

SUMÁRIO

PREFÁCIO	8
CAPÍTULO 1 - A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E OS EFEITOS CORRELATOS A VACINAÇÃO CONTRA O COVID-19	11
Isabella Furtado Bacellar Fortes Braga	
CAPÍTULO 2 - CONTRATO DE TRABALHO DO DOCENTE COM O CENÁRIO DA COVID-19: teletrabalho, jornada e consequências à luz do princípio da primazia da realidade	29
Gabriel Francisco Araújo Lucas Rafael Chaves De Sousa Jaqueline Alves Da Silva Demetrio	
CAPÍTULO 3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SUJEITO ATUANTE NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	40
Dominick Luzolo Veloso Bongo	
CAPÍTULO 4 - CONDIÇÃO ANALÓGA À ESCRAVIDÃO E DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO: consequências no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e a situação do Estado do Maranhão	57
Eduardo Fabricio Segadilha Carvalho Carolayne dos Santos Silva Diandra Regina Alves dos Passos	
CAPÍTULO 5 - ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FACULTATIVA SOBRE A ÓPTICA DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017.....	75
Alexandre Bezerra Praseres Jaqueline Alves da Silva Demetrio Lúcio Menezes Vale	
CAPÍTULO 6 - O DIREITO À ESTABILIDADE GESTACIONAL E A CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL EM TORNO DOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS	104
Clarice Maria Ribeiro Nogueira Thaylana Coimbra Pinto Martins Jaqueline Alves da Silva Demetrio	

CAPÍTULO 7 - O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS COLMATADOS PELOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA 121

Henzo Mario dos Santos Silva
Mariana Diniz Hidalgo

CAPÍTULO 8 - A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO SUSTENTÁVEL EM CONTEXTO DE AMEAÇA À DIREITOS FUNDAMENTAIS DIFUSOS: licenciamento ambiental e meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz do princípio do não retrocesso..... 139

Isabella Maria Costa Ericeira Chaves
Maria Emília Costa Carvalho

CAPÍTULO 9 - ENTREGADORES DE APLICATIVO: a dificuldade de estabelecer o vínculo de emprego e a pandemia como reveladora da precarização das condições de trabalho 158

Dalila Vieira dos Santos
Mariana Ferreira Teixeira Pires
Jaqueline Alves da Silva Demetrio

CAPÍTULO 10 - DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE UM DISCURSO ÚNICO..... 172

Andrêina Silva Mendonça

CAPÍTULO 11 - OS DIREITOS DO TRABALHO DOS ENFERMEIROS: efeitos nos contratos de trabalho sob as normas vigentes no curso da pandemia..... 193

Gabriel Garcia Ribeiro
Jaqueline Alves da Silva Demetrio

CAPÍTULO 12 - DESIGUALDADE SOCIAL NO ESPAÇO URBANO E NÃO EFETIVIDADE DA VIDA DIGNA: perspectiva do direito à moradia em São Luís (MA) 209

Gabriel Barros Fonseca Gomes de Freitas
Laís Maria Costa Andrade
Marco Antonio Martins da Cruz

CAPÍTULO 13 - DEVIDO PROCESSO LEGAL, DECISÕES JUDICIAIS, E TUTELA PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19 228

Andrêina Silva Mendonça
Henzo Mário dos Santos Silva

Laura Santos Dias da Costa

CAPÍTULO 14 - DESAFIOS DA PRIVACIDADE E INTEGRIDADE PSICOFISIOLÓGICA DO PROFESSOR: pandemia do novo coronavírus e a (in)efetividade dos direitos fundamentais dessa classe trabalhadora..... 244

Adriely Gusmão de Carvalho

Maria Helena Alves Ramos

Jaqueline Alves da Silva Demetrio

CAPÍTULO 15 - OS DIREITOS DO TRABALHO DO GARI: efeitos nos contratos de trabalho sob as normas vigentes no curso da pandemia..... 260

José Alciran Fernandes Oliveira Junior

Petunia Galvão Bezerra

Jaqueline Alves da Silva Demetrio

PREFÁCIO

“Eu construo minhas memórias com meu presente. Eu sou rejeitado, abandonado no presente.”

Jean Paul Sartre

“ (...) tenho demasiada história, sofro de um excesso de passado. Quero livrar-me desse tempo que não me deixa existir.”

Mia Couto

O contato com a presente obra “ Caderno Jurídico II: Diálogos em Direitos Humanos Fundamentais” de autoria coletiva, organizada pela Professora Dra. Jaqueline Alves da Silva Demetrio, da Universidade Estadual do Maranhão, permite que o leitor aprofunde os temas mais sensíveis relacionados à pandemia do COVID-19 até suas consequências na concretização dos direitos fundamentais, a exemplo do direito ao trabalho digno e comprometido com o princípio do não retrocesso.

Os autores dos capítulos desta obra, cada um a seu modo, voltam-se a temas inadiáveis, fazendo uma escrita, à moda sartriana, voltada para os problemas atuais que os inquietam ao estudarem o tempo presente, tempo de abandono do homem, fruto da atual conjunção de forças econômicas, políticas e sociais. Para Sartre¹ a atual existência do homem bem como os problemas por ele enfrentados dependem de suas próprias atitudes só dependendo dele mesmo encontrar as alternativas.

Nesta perspectiva identifica-se o esforço de cada um dos autores na busca de soluções e alternativas para os temas hodiernos, a partir da perspectiva jurídica, no campo dos direitos humanos e ainda a partir da lógica do direito constitucional e de seus ramos decorrentes, a exemplo do Direito do Trabalho e do Direito Ambiental.

Assim, temas como vacinação, trabalho docente, conciliação realizada pelo Ministério Público, contribuição sindical, licenciamento ambiental, estabilidade gestacional, entregadores de aplicativos, trabalho dos garis, direito à moradia dentre vários outros temas, são desenvolvidos com maestria pelo conjunto de autores, a partir de códigos, aqui entendidos como meios de reação e de integridade do sistema jurídico, como os princípios e normas constitucionais.

Se de um lado o campo do Direito e da Ciência Jurídica é desafiado pelas novidades advindas do desenvolvimento tecnológico e de ocorrências imprevisíveis como a pandemia atualmente em curso, por outro lado, utilizando-se a lógica luhmanniana², caracteriza-se como

¹ SARTRE, J. P. *O existencialismo é um humanismo*. Tradução: Vergílio Ferreira. São Paulo: Abril S.A., 1973, p. 10

² LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie**. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp [trad. esp.: *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoría general*. 2 ed. Barcelona: Anthropos: México: Universidad Iberoamericana/ Santafé de Bogotá: Ceja, 1998, p.27

sistema jurídico que apresenta códigos próprios que servem para enfrentar os desafios vindos dos mais diversos campos, inclusive o social e tecnológico.

Sem o fortalecimento e estudo destes meios de reação do sistema jurídico há risco de descaracterização do campo do Direito democrático. As consequências são desastrosas como a ascensão de sistemas autoritários, com forte ressonância fascista.

Assim, a presente obra se dedica a reunir argumentos fortes³ e demonstrar como os diversos códigos - aqui entendidos como meios de resistência do sistema jurídico- permitem que o mesmo se mantenha íntegro assim como todo o edifício constitucional e infraconstitucional que sustenta a afirmação dos direitos fundamentais.

Os capítulos são apresentados com argumentos sólidos e racionais que permitem manter e lutar pela integridade dos direitos humanos e fundamentais, podendo-se citar como símbolos de resistência os princípios próprios do campo do Direito do Trabalho, protetores da dignidade do trabalhador, assim como o princípio do não retrocesso no campo do direito ambiental, sendo, ainda, fundamental identificar-se a supremacia das decisões da Corte Suprema que conduzem a interpretação do texto constitucional como forma de garantir o respeito aos direitos fundamentais e a própria integridade do Estado Democrático de Direito.

Se na perspectiva filosófica sartriana o presente e o existir-presente passa a ser prioritário, sendo o passado fugidio e o futuro incerto, conforme a literatura decorrente da leitura de 'A Náusea'; não se pode desconhecer que muito do presente e da erosão dos direitos humanos decorre da herança, ainda deteriorante, da formação da sociedade brasileira, construída sobre intensa desigualdade social, agravada por escravidão ainda não superada em seus efeitos em boa parte da população.

Esta herança de desigualdade também é abordada nesta obra, seja no tema específico do combate ao trabalho escravo, seja nos diversos capítulos que tratam das influências da pandemia do COVID-19 nas relações laborais, destacando-se esta obra em garantir pontes sistêmicas fundamentais com a História e a Sociologia, demonstrando a complexidade do tema, bem como suas ligações com o passado da construção social brasileira.

A literatura nos auxilia com a percepção do peso da herança do passado:

“ (...) tenho demasiada história, sofro de um excesso de passado. Quero livrar-me desse tempo que não me deixa existir.”
Mia Couto

Nesta trilha entre passado e presente este Caderno Jurídico vai trazendo importantes caminhos que vão se desenhando para garantir que não haja mais ataques aos direitos humanos em *terra brasilis*, abrigando os capítulos deste livro considerações otimistas sobre a

³ PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. A Nova Retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 08

possibilidade de que o sistema jurídico e as instituições dos diversos Poderes e das funções essenciais à justiça possam ser garantistas.

Os desafios são muitos, inclusive no campo da economia tecnológica e de seu consequente fenômeno da uberização, com a consequente desregulamentação das relações laborais e retorno acelerado à lógica do livre mercado.

Zuboff alerta para o fato de que interesses econômicos das empresas de tecnologia se refletem nos representantes políticos, o que tem evitado o avanço de regras claras e democráticas para coibir os abusos e violência no campo das redes sociais e das novas tecnologias:

Apesar das perspectivas radicais do aparato computacional que é sensível, ubíquo e conectado, e a alegação repetida com frequência afirmando que “isto vai mudar tudo”, as empresas de tecnologia dos Estados Unidos continuam sua corrida com relativa ausência de legislação, desimpedidas por qualquer visão social abrangente ou regulatória. Conforme o estrategista -chefe da intel para a internet das coisas comentou em resposta às preocupações relativas às consequências para a privacidade: ‘ Uma coisa em que absolutamente acreditamos é que embora escutemos o debate sobre políticas, não queremos política alguma atrapalhando a inovação tecnológica [...].⁴

Deixemos agora o leitor do presente ou do futuro com as lições trazidas neste livro, uma obra de fôlego que convida para a importância de garantir-se vias civilizatórias, construídas a partir de debate que, na essência, não se descole do valor da dignidade da pessoa humana.

MIGUEL RIBEIRO PEREIRA
Mestre em Políticas Públicas
Universidade Federal do Maranhão

⁴ ZUBOFF, Shoshana. A era do capitalismo de vigilância, Intrínseca, 2021, p. 242

CAPÍTULO 1

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E OS EFEITOS CORRELATOS A VACINAÇÃO CONTRA O COVID-19

Isabella Furtado Bacellar Fortes Braga⁵

RESUMO: O presente artigo tem como desiderato a abordagem da política de vacinação contra o Covid-19 e eventuais efeitos correlatos advindos de tal substância, a analisar se há que suscitar uma responsabilidade estatal, vez que hodiernamente é apenas a mesma que se dedica a distribuição e aplicação. Nessa senda, o método aplicado junto ao desenvolvimento é o dedutivo, com a utilização de acervo bibliográfico, documental e, também, pautando-se em estudo de julgado pontual, a resolver as problematizações: a vacinação contra a Covid-19 no Brasil e se há que se falar em uma compulsoriedade em sua ministração? Se verifica uma incidência de responsabilidade civil no cerne de tal política epidemiológica e eventuais efeitos adversos atestados? Caso afirmativa, a quem seria infringida tal responsabilidade e em que modalidade atine precipuamente? Assim é que se chega como hipóteses a afirmativa de que há uma obrigatoriedade na vacinação alhures e que, em caso de efeitos adversos, há responsabilidade estatal objetiva.

Palavras-chave: Vacina. Covid-19. Obrigatoriedade. Efeitos. Responsabilidade Civil Estatal.

ABSTRACT: This article aims to address the vaccination policy against Covid-19 and any related effects arising from such a substance, to analyze whether it is necessary to raise state responsibility, since today it is only the same that is dedicated to the distribution and application. In this way, the method applied to the development is the deductive one, with the use of bibliographic, documentary and, also, based on a punctual judgment study, to solve the problems: vaccination against Covid-19 in Brazil and if is it necessary to speak of a compulsion in your ministry? If there is an incidence of civil liability at the heart of such epidemiological policy and any adverse effects attested? If so, to whom would such responsibility be infringed and in what modality does it primarily act? This is how hypotheses come up with the assertion that vaccination is mandatory elsewhere and that, in case of adverse effects, there is objective state responsibility.

Keywords: Vaccine. Covid-19. Obligatoriness. Effects. State Civil Liability.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente o mundo vem enfrentando uma pandemia que ocasionou toda um impacto nos relacionamentos e estruturas sociais, bem como desencadeou um nível altíssimo de infectados e mortes em decorrência do vírus Covid-19. O Brasil não é indiferente a tal realidade, mormente a um cenário de 477 mil mortes⁶, e assim sendo, desponta-se a necessidade de sistematização de medidas integradas para o enfrentamento e reversão do quadro de crise sanitária instaurada.

A vacinação apresenta-se como um dos meios de política pública na área de saúde, que figuram como imperiosos avanços na área científica para controle e erradicação de epidemias. Assim, desde o início do surgimento da doença ocasionada pelo Sars-Cov-2, os olhos e esperanças concentram-se no desenvolvimento de uma substância a agir de forma

⁵ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e pelo Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco. Egressa da Universidade Estadual do Maranhão. Advogada inscrita na OAB/MA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1049885190949072>. E-mail: isabellabraga15@gmail.com

⁶ A partir dos dados consolidados no dia contados no dia 07/06/2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>.

preventiva e na baila de evitar ou ao menos retardar a evolução e catástrofe do quadro sanitário mundial.

A confecção da vacina frente ao vírus, prospecta-se como uma certa corrida entre as instituições de pesquisas de ponta de todo o globo, no entanto, pondera-se que com a urgência em voga não há que abrir mão das etapas inerentes a pesquisa e desenvolvimento, a fim de não gerar riscos demasiados e/ou não ser frutífera ao desiderato a que se cumpre.

Nessa senda, e de acordo com a confecção de um plano de vacinação, de acordo com a negociação de vacinas pelo governo brasileiro e o processo de vacinação em divisão por características específicas, como profissão, estado clínico e idade, discute-se se a aquisição de tais substâncias e a ministração a população não ocasiona eventuais efeitos adversos e, ademais, outros diferentes dos relatos quando do estudo clínico de sua elaboração.

Assim sendo, por demais resta evidenciado a contemporaneidade e importância no estudo desse contexto de política epidemiológica e o despoite de efeitos correlatos nefastos em determinados indivíduos circunscritos no território brasileiro. Portanto, problematiza-se se há que falar em responsabilização civil, e, caso afirmativo, de quem seria essa responsabilidade e sob qual fundamento.

Em sede de hipóteses *a priori*, a respeito da temática, aponta-se que há sim uma responsabilidade civil do Estado, em caso de efeito adverso proveniente da vacinação, apenas em casos não previsto originariamente pelo fabricante e que seria sem o dispêndio de averiguação da culpa.

Ademais, infere-se como objetivos do artigo as noções fundamentais referentes a responsabilidade civil e, especificamente, a responsabilidade do ente Estatal, a verificação da vacinação ante a principiologia dos direitos fundamentais constitucionais e a discussão quanto a sua compulsoriedade ou não, mediante a tal cerne.

De toda sorte, também se apresenta como objetivo a percepção dos efeitos da vacinação como uma realidade a ser vivenciada hodiernamente, e a inerente pulsão dos debates atinentes, e a inserção da responsabilidade civil estatal em tal cenário.

Nesse diapasão, o presente artigo encontra-se dividido em três tópicos, no qual o primeiro dedica-se a apurar, coordenado com as noções históricas inerentes ao surgimento e aperfeiçoamento do instituto da responsabilidade civil, suas bases fundantes e as modalidades existentes. O segundo tópico aborda a vacinação enquanto medida adstrita a efetivação do direito social de saúde e a análise se a vacina contra o Covid-19 se encontra como medida obrigatória.

Por fim, trata-se o ponto nevrálgico da possível irradiação de feitos colaterais gravosos pela vacinação alhures e se, em tal caso, imperaria uma responsabilização estatal e em que modalidade e de acordo com qual fundamento prosperaria.

Dessa feita, o método utilizado é o dedutivo, a que se utiliza das bases fundantes do instituto em estudo, a fim de uma análise pormenorizada ao âmbito da vacinação e eventuais cabimentos de indenizações por parte do Estado, com a utilização de técnica bibliográfica, documental e monográfica, de estudo de caso.

Nessa senda, de outra vez, ressalta-se a importância do estudo, vez que em voga tal processo e as discussões em alto ressurgir. Há um impulsionamento, inclusive, pela promulgação da legislação de n. 14.125 de março de 2021 que discute de forma pormenorizada a tratativa consubstanciada no presente trabalho, a que se acrescenta nessa esteira os fundamentos e a modalidade respectiva ao previsto no Art. 1º de tal dispositivo legal.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA ESTATAL

A noção de uma responsabilização tem origem na lógica a que permeia uma noção de restauração de um equilíbrio que, outrora, encontra-se afeto por determinada conduta (GONÇALVES, 2012, pág. 21). Ao trata-se especificamente da ótica da responsabilidade civil, há um destrinchamento entre suas acepções subjetiva e objetiva.

Nesse interim, sua perspectiva subjetiva há a ímpar necessidade de configuração da culpa, a que se distingue da raiz objetiva que tem-se o denodo apenas de verificação dos elementos de uma ação ou omissão que ocasione dano a outrem, margeado por um nexo causal, mas a que não pauta-se na culpa, ou seja, é independente de configuração ou não de culpa (FILHO, 2012, pág. 150).

Partindo de um estudo histórico, vislumbra-se as mudanças e evoluções a nortear o instituto da responsabilidade civil, a qual perpassou-se por períodos em que não havia uma sinalização de distinção entre a responsabilidade civil e penal, outrora pela paulatina inserção da noção de culpa a margeá-la (SOUZA, 2009, pág. 28). A doutrina diverge em qual seria o marco central para a introdução da ideia de culpa na ambiência do instituto e se restaria fundado na Lei Aquília, vez que a culpa levíssima contida em seu bojo estaria atrelada a sanções penais, mas sem dúvidas, segundo predita Carlos Roberto Gonçalves (2012, pág.26), há uma aflente clara em um processo de sua inserção há que remonta a tal diploma e, especialmente, ao direito romano.

Fato é que, ademais de tal indagação, a sedimentação e consagração do elemento culposo⁷ a pautar a disciplina da responsabilidade civil ocorre por intermédio do Código Napoleônico em seu Art. 1.382 (PEREIRA, 2018, pág.335).

Destaca-se que resvalando o lapso em que haveria guarita de uma expansão da teoria subjetiva atrelada a responsabilização, hodiernamente, de forma contrária, resguarda-se uma visão muito mais centrada na pessoa da vítima, do quem em que efetivamente ocasionou o dano, quer seja o agressor (SODRÉ, 2012, pág. 23). Assim, ganham espaço as concepções objetivas em referência a reparação pelos prejuízos configurados, seja de ordem moral ou material.

Os contornos da objetiva revelam uma conturbação com as novas esferas sociais, notoriamente o desenvolvimento da industrial (FILHO, 2012, pág. 152) e necessidade, sob pena de cristalina injustiça, dos desmontes de acidentes de trabalho verificados, a que oneravam sobremaneira com o requisito de comprovação de culpa. Assim remete uma alocação de uma verdadeira “doutrina do risco” (SOUZA, 2009, pág. 26), que permeia a noção de que atividades inerentemente classificadas como de risco, desmontam a imprescindibilidade da culpa e levantam uma necessidade de suportar os riscos, por quem dela se locupleta.

“Em outras palavras, quem se coloca voluntariamente no desempenho de uma atividade que pressuponha o cálculo de risco deve suportar todos os perigos que lhe são inerentes, ainda que estes estejam além de sua capacidade de gestão. Quem assume o risco deve suportar as suas consequências. Aí está a espinha dorsal da teoria do risco.” (LOPES, 2019, pág. 418).

No tocante a vigência no Direito Brasileiro, a responsabilidade civil objetiva encontra amparo no Código Civil de 2002, a que predita:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

⁷ Outro aspecto reflexivo é de qual seria o conceito efetivamente da culpa, que se figurou como aspecto central da responsabilidade na era moderna, assim indica-se que seu surgimento, de forma inicial, está por demais atrelada a aspectos morais e religiosos. No entanto, desponta-se dois aspectos consequenciais, partindo-se de sua difícil tarefa de definição, que seria a possibilidade de o autor do dano conhecer o dever que foi objeto de descumprimento, bem a possibilidade de tal sujeito cumprir tal dever (SODRÉ, 2017, pág.73).

De antemão, ímpar salientar a existência e, cada vez mais espaço no mundo contemporâneo, para uma responsabilidade a nível objetivo, não implica que há uma derrocada da aquilina, precipuamente no que concerne ao contexto brasileiro.

Assim sendo, relevante é ponderar que a linha da dispensabilidade da culpa entra em voga de acordo com diversos dispositivos do Código Civil, como exemplo o já assinalado acima Art. 927, §único, com uma previsão mais generalista, e outros mais específicos como o Art. 937 e 938. No entanto, ainda subsiste a teoria subjetiva, que predita a culpa como um dos elementos pertencentes ao instituto, a que pode, inclusive, ser despreendida da previsão no Art. 186 do citado Código.

Entre as diversas modalidades de risco que encontram ambiência e surgem cada vez mais frente as alterações sociais e as exigências inatas que assim decorrem, há o risco administrativo. Este versa essencialmente de responsabilização ao Estado perante a existência de um dever seu de proteção para com os indivíduos que estão na circuncisão de seu território (TARTUCE, 2011, pág. 127).

De acordo com sua concepção ao longo do tempo, a responsabilidade do Estado já vigorou segundo um princípio que garantia uma irresponsabilidade, a chegar ao reconhecimento efetivo de sua responsabilização, independente de uma previsão legal a expressá-la, como vigorava outrora. E ademais, essa responsabilidade inicialmente foi reconhecida na base de uma teoria subjetiva a alimentar a sua aferição, a que se destaca que não apenas vigorava a ideia de culpa individual, mas também a disciplinar as modalidades por não prestação adequada de um serviço público, e, por fim, chega-se ao entendimento de uma objetividade a regulá-la (MELLO, 2009, pág.992-994).

Nesse sentido, tanto a ação como omissão estatal que vierem a desencadear danos a terceiros, e no interim de um desenvolvimento de uma atividade administrativa, compete-se o dever de indenização, em respeito a objetividade proporcionada pela teoria do risco administrativo.

Quando a omissiva estatal, Flávio Tartuce (2020, pág. 957) analisa em seu trabalho que há diversos doutrinadores afiliados a uma teoria subjetivista a permear estes casos⁸, a que vigoraria uma dependência de omissão genérica e específica, relativa a uma imputação legal de dever evitar o fato e a falta específica de tal dever na ótica do dano configurado. Não obstante as críticas reivindicadas por tal autor, assim como outros doutrinadores, ainda figura

8 Argumentação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, pág. 1004), que dispõe: “É razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos que não causou quando estiver de direito obrigado a impedi-los”

tal perspectiva como entendimento majoritário na jurisprudência, e do próprio Supremo Tribunal Federal, como foi bem explicitado⁹ em sua obra.

Há considerações no sentido de que, ademais de uma omissão geral e/ou específico (HUPFFER; NAIME; ADOLFO, CORRÊA, 2012, pág.127),é necessário que haja a consideração dos casos de difíceis aferições da culpa, como é o caso de danos ambientais por exemplo, e uma ponderação nesse sentido, a considerar o aporte de um Estado tal qual configurado o Brasileiro, que deve promover o mínimo de suas obrigações inatas a sua própria razão de ser e a promoção de direitos e obrigações mínimas (TARTUCE, 2020, pág. 957)

A fixação da responsabilidade ao Estado no ordenamento jurídico interno, desprende-se de formulação constante no Art. 37, § 2º, da CF/88 e também ao Art. 43 do CC/2002¹⁰, que gera o dever de indenizar perante danos ocasionados pelo exercício de uma atividade administrativa, a serem desempenhadas por indivíduos a serviço da administração pública.

A fim de vislumbrar-se quem seriam de fato esses indivíduos, acima mencionados, e capazes de gerar uma responsabilidade do Estado, importante é a pontuação de Celso Antônio Bandeira de Mello,

“(…) São todas aquelas que –em qualquer nível de escalão–tomam decisões ou realizam atividades da alçada do Estado, prepostas que estão ao desempenho de um mister público (jurídico ou material), isto é, havido pelo Estado como pertinente a si próprio.
Nesta qualidade ingressam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.” (2009, pág.998)

Adentrando também no estudo da disciplina, relevante é destacar que há a incidência de diversos princípios a norteá-lo. Assim, assevera-se a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da prevenção e da reparação integral (ROSENVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

A incidência da dignidade da pessoa humana, bem como os demais princípios a que desprendem-se da interpretação¹¹ do diploma constitucional, em verdade promovem um verdadeira filtragem de todo o ordenamento jurídico, a que promovem verdadeira uma

9 Exemplifica através da análise do Recurso Extraordinário de nº 369.820, emitido pela 2º Turma do STF e sob relatoria do Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261622>

10 No tocante a tal artigo do Código Civil, Flávio Tartuce (2020, pág. 574) dispõe que mesmo que a redação não tenha a previsão expressa a englobar também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos nesse espectro de responsabilidade objetiva, pela existência de risco administrativo.

11 “Interpretar é explicar, esclarecer, dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.” (MAXIMILIANO, 2013, pág. 7)

mudança dos institutos clássicos do direito civilista, tal qual concebidos, a reverterem um prestígio voltado unicamente a autonomia privada e proteção da propriedade (MORAES, 2006, pág.234), em vias de conciliação e ponderação com outros bens tutelados juridicamente.

Em reflexiva específica a Responsabilidade Civil e os princípios destacados alhures como atuantes e a promoverem uma releitura imperiosa, aduz-se que a dignidade da pessoa humana promove o reconhecimento de novos tipos de riscos e a alçada de sua previsão legal para dispensar a culpa, assim como pela solidariedade desponta-se a lógica, por exemplo, de coletivização de uma responsabilidade, em que cabe-se a fixação de um segurador universal, à revelia de umnexo causal entre seu ato imediato e o dano (ROSEVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

Outrossim, a prevenção alia-se a uma responsabilização não mais atrelada apenas a um viés de retribuição aos danos, mas de prevenção ao cometimento de ilícitos e a reparação integral, a despeito de exceções própria fixadas em lei, pleiteia uma quantificação da indenização a tentativa de ser igualitária ao dano configurado (ROSEVALD; FARIAS; NETTO, 2019).

Diante desse interim aduzido, especificamente à respeito da responsabilidade objetiva estatal, desprende-se a indagatória, mormente ao contexto hodierno de pandemia ocasionada pelo Covid-19 e de afixação da vacinação atrelada a política pública sanitária de combate ao mesmo, se por ocasião de efeitos adversos em decorrência da utilização da vacina caberia um assertiva de indenização por parte do Estado.

3 A SAÚDE COLETIVA E O DEVER DE VACINAÇÃO

O direito à saúde vem sedimentado na Constituição Federal de 1988, em seu Art. 6ºe, a ser mais desenvolvido seus aspectos, no Art. 196. Prefixa-se como um direito de todos e também como um dever atribuível ao Estado.

Por certo, por ordem também do texto constitucional, é disposta a criação de um sistema único de saúde (SUS), a organizar-se de forma hierarquizada e regionalizada, conforme dispõe os Arts. 198 e 200 da Carta Magna. Assevera-se que entre as atribuições relativas a tal sistema, estão previstas as medidas a serem desenvolvidas pelo Estado, com o desiderato voltado a questão sanitária e epidemiológica, como bem caracteriza-se as ações voltadas ao controle da pandemia despontada pela infecção pelo Covid-19.

Em relação ao SUS, pendente legislação de nº 8.080/90 responsável por sua organização e especificidades norteadoras, donde há a previsão de execução de ações a nível sanitário e epidemiológico, conforme já destacado alhures. Assim vigora um dever de

afixação de medidas para controle de doenças, a que se destacam por sua própria natureza de disseminação as infectocontagiosas, e de colação de prestação de serviços de saúde para o enfrentamento das mesmas.

Por interpretação integrada dos dispositivos concernentes a lei destacada acima, especificamente seu Art. 6º, §2º e §3º, a atribuição do estado deve ser verificada tanto a um nível preventivo das doenças, como também *a posteriori*, em um enfrentamento dos sintomas detectados e dispêndio dos serviços médicos e hospitalares necessários.

O direito à saúde sem dúvidas é alçado à condição de direito fundamental, pois previsto na Carta Magna e a reconhecimento dessa essencialidade a constar no próprio demarco referente aos direitos e garantias fundamentais.

Faz-se um apêndice para destacar que para fins de reconhecimento enquanto direitos fundamentais já é superada a controvérsia de que só mereceriam tal classificante os que encontram-se na tipologia constante no Título II da Constituição Federal (SARLET, 2018, pág.28). A conclusão é, inclusive, inferida da própria disposição no Art. 5º, §2º da CF/88, a que promove o reconhecimento dos explicitamente previstos de forma esparsa no texto constitucional e, também dos atinentes a tratados internacionais de direitos humanos, ao qual o Brasil é signatário.

Em reconhecimento a necessidade de uma prestação positiva estatal outorgada aos direitos sociais e ao direito a saúde, aponta-se, em decorrência do disposto no Art. 5º, §1º da CF/88 a promoção da máxima eficácia e efetividade possível, em vias de proteção mínima a seu núcleo essencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, pág.177).

Para o direito à saúde, corolário do direito à vida e a própria dignidade da pessoa humana, há a salutar necessidade no desenvolvimento e integração de políticas públicas para sua garantia efetiva. Assim é que se desprende as ações já citadas e na esteira no contexto pandêmico vigente;

“O direito à saúde compreende tanto o direito de estar sadio quanto de ser tratado e se preparar para a vida profissional (habilitação e reabilitação) e o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer sadio), pelo que as políticas públicas sanitárias merecem especial destaque” (BAHIA; ABUJAMRA, 2009, pág.303).

Entre as políticas públicas de primorosa importância no desiderato de promoção de efetividade ao direito, enquanto formalmente ¹² e materialmente ¹³ fundamental, há a

12 A perspectiva formal diz respeito ao direito, enquanto reconhecido e positivado no texto constitucional, com os elementos de relevância normativa dentro do ordenamento jurídico, com a reforma de seus dispositivos margeada por limitações inatas e com a característica de diretamente aplicáveis. Importante destacar que esse reconhecimento pode desprender-se de forma explícita ou implícita da Constituição em relevo. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020, pág. 423)

vacinação. Nesse sentido, a vacina formula-se com um mecanismo apto a agir em um controle de doenças infectocontagiosas e a inserir-se, dessa forma, nas políticas estatais epidemiológicas, conforme previstas na Lei 8.080/90 pertinente ao SUS.

Aponta-se que pela própria natureza desprendida dos direitos sociais, o direito à saúde enquanto atinente a tal rol também infere logicamente uma necessidade de atuação estatal para sua promoção, como exemplifica-se as campanhas da vacina. No entanto, há que abordar-se também que não estão isentos de uma dimensão negativa, malgrado que esta sempre é associada a *prima facie* aos direitos de 1º geração, mas que há uma incisão nos direitos sociais a levarem a garantia de que o Estado deve abster-se de praticar atos contrários ao conteúdo de tais diretivas (SARLET, 2018, pág.290).

Diante de todas as pontuações já expostas quanto a importância da saúde no contexto brasileiro e pela opção do Constituinte de 1988, discute-se sobre a temática da vacina, se há uma obrigatoriedade em sua aceitação pelo indivíduo, quanto é adotada como política integrada estatal, ou se há autonomia de sua vontade a enunciar tal casuística.

Ímpar assinalar que a vacina se outorgar como uma medida confeccionada após diversos estudos e testagens a gerarem uma certa previsão acerca de seu funcionamento e viabilidade de adoção, enquanto combatente a doenças incidentes em dado território. Assim, pode-se retratar uma previsibilidade quanto a seu funcionamento, mas não há uma garantia de 100% de funcionamento ou de que reagirá de forma idêntica em qualquer organismo humano.

Para tanto, é que a ambiência de discussão à respeito de sua compulsoriedade e mero acato pelo cidadãos, inseridos no programa de vacinação destacado pelo Estado, ou se há o exercício de uma liberdade nesse cerne e é possível a recusa.

Diante disto, constata-se que o Código de Ética médica¹⁴ tem como previsão a possibilidade de decisão pelo paciente e/ou seus familiares quanto aos tratamentos dispendidos a sua condição clínica, salvo em caso de flagrante risco de morte. Permeia aqui o questionamento se a não utilização da vacina, e em especial as atuais vacinas contra a Covid-19, configuram-se como aptas a gerarem um inegável risco de morte.

Ao enfrentar tal perspectiva, compatível com a aceção negativa adstrita também ao direito de saúde e a ponderação com outros direitos também de titularidade do sujeito inserido na circunscrição brasileira, pode ocorrer a recusa a aceitação da dose de vacina, o que seria

13 Já a material integra a noção de ser uma classe de direitos referentes a “decisões fundamentais de um Estado” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2020 pág.424)

14 O artigo a que refere-se é o 31, do Capítulo V do Código em questão, que assinala que é vedado ao médico: “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042

compatível com a pontuação já prevista no Código de Ética Médica quando prevê a liberdade de escolha a execução ou não de determinada fonte de tratamento (RESENDE; ALVES, 2020, pág.140).

Nessa mesma senda é o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no tecido da controvérsia,

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA CONTRA A COVID-19 PREVISTA NA LEI 13.979/2020. PRETENSÃO DE ALCANÇAR A IMUNIDADE DE REBANHO. PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE, EM ESPECIAL DOS MAIS VULNERÁVEIS. DIREITO SOCIAL À SAÚDE. PROIBIÇÃO DE VACINAÇÃO FORÇADA. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO CONSENTIMENTO INFORMADO DO USUÁRIO. INTANGIBILIDADE DO CORPO HUMANO. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA, PROPRIEDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. VEDAÇÃO DA TORTURA E DO TRATAMENTO DESUMANO OU DEGRADANTE. COMPULSORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO A SER ALCANÇADA MEDIANTE RESTRIÇÕES INDIRECTAS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES DE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA SEGURANÇA E EFICÁCIA DAS VACINAS. LIMITES À OBRIGATORIEDADE DA IMUNIZAÇÃO CONSISTENTES NA ESTRITA OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA COMUM DA UNIÃO, ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS PARA CUIDAR DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA PÚBLICA. ADIS CONHECIDAS E JULGADAS PARCIALMENTE PROCEDENTES. I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expreso consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a

dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (STF - ADI: 6586 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 17/12/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 07/04/2021)

Assim, válido é considerar os pontos nevrálgicos que permearam a *decisium* e a questão, de uma forma menos extensiva, haja vista que não é o objeto precípua do presente trabalho. Nessa medida, reverbera que a pedra de toque resvalada no acórdão acima é a pontuação a ser feita de que a obrigatoriedade da vacinação deve ser ponderada com os direitos e garantias fundamentais.

Para tanto, considera-se a vacinação como uma medida preventiva em ação de saúde, para o combate e controle de taxa de mortalidade referente a doenças infectocontagiosas e, nesse caso em especial, controle do Sars-CoV-2¹⁵. Ademais, conforme aduzido pelo STF, há que ser reivindicado também, no caso do indivíduo que se recusa a se vacinar, o direito a inviolabilidade do corpo humano e a vedação a um tratamento degradante.

A considerar tais reflexos é que a vacinação compulsória é medida equânime, a considerar como um processo de proteção ao próprio direito à saúde, vez que mesmo o indivíduo que a *prima facie* a recusa também figura como titular de tal direito (RESENDE; ALVES, 2020, pág.142). Nessa tangente é que a Lei 13.979/2020 ao disciplinar a vacinação obrigatória seria constitucional (BRASIL, 2021).

No entanto, há que salientar-se que em que pese a vacinação obrigatória é legítima, a prática de vacinação forçosa não o é, haja vista que reflete em afronta a outros direitos fundamentais, como notoriamente a inviolabilidade física e moral (BRASIL, 2021).

4 OS EFEITOS DECORRENTES DA VACINA CONTRA O COVID-19 E A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL

A Lei 13.979 de 2020, como visto, faz a expressa previsão da política de vacinação contra o Covid-19 como medida compulsória aos indivíduos circunscritos no território brasileiro, mediante seu Art. 3º, inciso III, alínea d.

No entanto, mormente ao contexto da política de vacinação, outra legislação desponta com importante contributo na temática, quer seja a Lei nº 14.125 de 2021. Válido é ressaltar a importante disposição contida nos termos do Art. 1º da legislação atinente.

¹⁵ O vírus a que desponta a doença de Covid, como também é denominado, no cerne da comunidade acadêmico-científica.

Art. 1º Enquanto perdurar a Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin), declarada em decorrência da infecção humana pelo novo coronavírus (SARS-CoV-2), ficam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios autorizados a adquirir vacinas e a assumir os riscos referentes à responsabilidade civil, nos termos do instrumento de aquisição ou fornecimento de vacinas celebrado, em relação a eventos adversos pós-vacinação, desde que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) tenha concedido o respectivo registro ou autorização temporária de uso emergencial. (BRASIL, 2021)

Fica explícito ademais do caráter cooperativo na competência do desenvolvimento de ações em saúde, entre os entes federados, também a responsabilidade estatal no tocante aos efeitos adversos que, porventura, tais vacinas distribuídas pelos mesmos, venham a ocasionar.

Discute-se assim que nível de responsabilidade civil o disposto ressoa, se uma responsabilidade objetiva ou subjetiva. Resgatando as ponderações aduzidas, revela-se que a aplicação e distribuição das vacinas caracterizam-se como um ato, ou seja, uma ação do estado consubstanciada através de suas políticas públicas específicas nesse sentido e de seus planos de vacinação.

Nesse sentido, conforme prepondera na doutrina majoritária adstrita a tratativa, quando em cheque uma ação do estado fica em evidência uma responsabilidade objetiva (TARTUCE, 2020, pág.957), a que se prepondera a afiliação de uma subjetividade em responsabilizar em casos de omissão.

Quanto a lógica a permear a objetividade atinentes as ações/ políticas protagonizadas pelo Estado, atém-se:

“Com efeito, o Estado pode, eventualmente, vir a lesar bem juridicamente protegido para satisfazer um interesse público, mediante conduta comissiva legítima e que sequer é perigosa. É evidente que em tal caso não haveria cogitar de culpa, dolo, culpa do serviço ou qualquer traço relacionado com a figura da responsabilidade subjetiva (que supõe sempre ilicitude). Contudo, a toda evidência, o princípio da isonomia estaria a exigir reparação em prol de quem foi lesado a fim de que se satisfizesse o interesse da coletividade. Quem aufere os cômodos deve suportar os correlatos ônus. Se a Sociedade, encarnada juridicamente no Estado, colhe os proveitos, há de arcar com os gravames econômicos que infligiu a alguns para o benefício de todos.” (MELLO, 2009, pág. 1001)

A colocação aponta precipuamente a noção de suporte aos riscos provenientes de uma ação estatal, mesmo quando lícita, a, mediante o prestígio ao princípio da isonomia, reparar os danos dos indivíduos que sofreram nesse interim. De forma contrária ao erigido alhures, no entanto, é de que a ação adstrita a vacinação tem uma noção de perigo inato a sua própria essência.

O processo de confecção típico de uma vacina despende anos¹⁶, no entanto, vigente a situação emergencial sanitária prequestiona-se se não há uma certa ampliação nos riscos que já naturalmente evocar-se-ia.

A destarte, também se assevera duas modalidades possíveis, em que os efeitos correlatos a vacinação já era passível de previsão à época anterior ao processo efetivo de sua aplicação e também o caso em se desencadeia efeitos desconhecidos e inovadores. Mediante a confecção da substância constante na vacina, há uma etapa específica a simular os efeitos correlatos nefrálgicos advindos da mesma, que se caracteriza através de sua utilização na sociedade de fato, haja vista que reage de forma distinta em cada organismo, e assim, pode-se surgir outros distintos daqueles reagidos nos ensaios clínicos iniciais. (LIMA, ALMEIDA, KFOURI, 2021, pág.522).

Assim algum dos efeitos já são de conhecimento dos fornecedores de vacina e até mesmo do próprio Estado quando a adquire, pois inferidos nos estudos quando de seu desenvolvimento e analisados pelas agências reguladoras, outros, no entanto, só são dispendidos quando de sua aplicação em larga escalas. Infere-se nesse sentido, por exemplo, a notícia vinculada quanto a não aplicação da vacina AstraZeneca em mulheres grávidas por suspeita de efeito nefasto ao estado gravídico¹⁷, segundo a recomendação proferida pela Anvisa.

A recomendação predita tem como cerne o estudo de associação entre as vacinas a utilizarem o adenovírus¹⁸ e consta no Comunicado proferido pela agência de regulação sob o nº 005/21, ao pautar a observação em uma associação entre complicações por trombose a afetar a gestante e o feto, mas a advertir também a raridade da situação elencada.

Por conta da contemporaneidade do tema em prospecto, bem como a perspectiva de que a vacinação está alavancando durante o período da confecção deste trabalho, o mapeamento preciso dos efeitos colaterais provenientes das diversas vacinas confeccionadas e em utilização no globo e, especificamente, no Brasil ainda está um tanto quanto ainda não

16 Assim é que pondera: “O processo de produção vacinal segue as fases de um estudo clínico, com etapas pré-clínicas, realizadas em laboratórios, em geral, em modelos animais, objetivando avaliação de dose e toxicidade nesta população. Os ensaios clínicos, em humanos, são divididos em três etapas. Os estudos de fase 1 visam avaliar a segurança do produto, enquanto da fase 2 avaliam segurança, dose e frequência de administração, bem como sua imunogenicidade. Os de fase 3 têm como desfecho principal a avaliação de eficácia do produto, através de ensaios clínicos controlados, randomizados, envolvendo milhares de voluntários. Após a publicação científica desses dados, a vacina candidata é submetida à avaliação pelas agências reguladoras, para posterior produção e distribuição. Por fim, os estudos de fase 4, ou de pós-licenciamento, estimam os efeitos e eventos adversos após a utilização em larga escala na população alvo. Cada etapa deste processo dura em média vários meses a anos.” (LIMA, ALMEIDA, KFOURI, 2021, pág.522)

17 Disponibilizada a recomendação em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/comunicado-suspensao-da-vacina-da-astrazeneca-para-gestantes/comunicado_ggmon_005_2021.

18 A que não consta apenas a AstraZeneca, mas é a grande veiculada, pelo próprio panorama de vacinação e modalidades de vacinas disponíveis no contexto brasileiro.

sistematizado. Ademais, o objetivo do presente artigo funda-se em apurar a responsabilidade estatal de forma mais generalista aos efeitos vistos em sua totalidade.

Nesta justa medida, aponta-se justamente que há que se falar em uma responsabilidade estatal em uma modalidade objetiva, vez que se trata justamente de uma ação administrativa estatal consubstanciada na forma do plano nacional de vacinação e que se funda na efetivação a um direito de saúde. Não por outra razão que a vacinação é prevista na legislação 13.979/2020 com compulsória, vez que o indivíduo é titular inequívoco de um direito à saúde, mas não pode ser efetuada de forma forçosa, podendo ser aplicadas outras penalidades para o recusador.

Assim verifica-se que por expressa disposição legal, 14.125/2021, há uma responsabilidade civil por efeitos nefrágicos na aplicação de vacinas no território nacional, outrossim tais vacinas devem perpassar por uma política de controle pela Anvisa, que se pressupõe que já efetua uma prévia análise no tocante a tais questões. Permeia-se também o destaque de que os entes estejam alinhados as recomendações prolatadas também por essa agência, no sentido de alinhamento com os estudos que permeiam a tal processos e eventuais novas descobertas nos campos científicos, bem como com as diretivas internacionais da Organização Mundial da Saúde também internalizadas, para que haja uma escala menor de tal processo negativo aos cidadãos e, sobretudo, também oneroso ao próprio Estado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mormente ao estudo dirigido quanto ao instituto da responsabilidade civil, seus contornos históricos e proeminentes no cenário atual, inclusive legislativo brasileiro, bem como erichando as modalidades operantes e atinentes no âmbito estatal, aponta-se o cenário da pandemia do Covid-19 e seus reflexos na sistemática transversal civilista, constitucional e administrativa.

Dessa feita, há a discussão da compulsoriedade da vacinação e sua perspectiva como corolário da efetividade do direito à saúde, mas de outro lado a também considerar a dignidade da pessoa humana e a integridade física e emocional do indivíduo. Adverte-se também que atinente a tal política de vacina desponta-se o relato de alguns efeitos adversos verificados e que, principalmente em casos mais severos, urge desprender se há um caráter indenizatório do infortúnio suportado pelo indivíduo e de quem seria tal ônus.

Nessa justa medida, conforme os problemas levantados *a priori*, faz-se mister apontar se perante o desenvolvimento do presente trabalho houve a confirmação ou afastamento das hipóteses redigidas. Assim é que, mediante, a assertiva levantada de que haveria uma responsabilidade civil estatal no caso dos efeitos adversos desencadeados pela

vacina, confirma-se, no sentido de que ocorre tal ônus do estado fundamentada no risco assumido pelo Ente Estatal no fim precípua de efetividade a direitos fundamentais, notoriamente a saúde e dignidade da pessoa humana.

Outrossim, na baila de uma responsabilidade estatal, vez que se trata de ação consubstanciada mediante política de vacinação, a despeito de eventual dirimência doutrinária, parece consolidada a noção de que trata-se de uma responsabilidade objetiva, quer seja independente de apuração de culpa. Ressalta-se que o reconhecimento do nível de responsabilização resta hoje consolidado por legislação, a Lei n. 14.125 de março de 2021.

Faz-se um apêndice que é afastado a asseveração de só haveria uma responsabilidade no caso de efeitos surpresos, ou seja, aqueles não apontadas de forma primária pelo fabricante. A coadunar com a noção de responsabilidade estatal e da objetividade na tangente de assunção de risco, a que se falar, inclusive, em possível responsabilização naqueles efeitos já conhecidos quando da aquisição da vacina.

Quanto a outra hipótese levantada de forma subsidiária, em reflexo a obrigatoriedade da vacina ministrada contra o Covid-19, revela-se também como confirmada. Nesse interim, o Supremo Tribunal Federal (STF), mediante a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 6.586 é instado a se manifestar quanto à questão e ao sopesar os direitos fundamentais incidentes, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a integridade física do sujeito, considera a obrigatoriedade até certo ponto.

A pedra de base a dividir a obrigatoriedade e afastar o conceito de vacina forçosa é de que esta apresenta-se como violadora da dignidade da pessoa humana e da integridade do sujeito, assemelhado a meio até certo ponto de tortura, sobretudo psicológica. O viés da obrigação da vacinação permanece inafastado, mesmo diante da recusa do sujeito, vez que podem ser aplicadas medidas constrictivas ao mesmo, a fim de que a ministração forçosa não seja dispendida em efetivo.

Assim, mediante a correlação entre os institutos legais de n. 13.979/2020 e de n. 14.125/2021, a vacina contra a Covid-19 é medida obrigatória, não forçosa e que, em caso de eventuais efeitos adversos provenientes de sua ministração o indivíduo pode angariar uma indenização estatal, já que reconhecida pacificamente uma responsabilidade estatal em tal processo.

Com uma suscitação deveras relevante a tal tratativa verifica-se que a vacina se imprime como um instrumento reconhecido como substancial a nível de controle e erradicação de doenças infectocontagiosas, reconhecida pela comunidade científica nacional e internacional. A discussão quanto a urgência e a rápida produção de tais vacinas e a suscitação de não cumprimentos de todas as etapas reconhecidas como inerentes de sua

produção, há que ser ponderada com a primazia de enfrentamento a crise nacional humanitária, a política de controle e verificação de cumprimento dos requisitos mínimos a ser feita pela Anvisa, no caso do Brasil.

Dessa forma, aponta-se que mesmo quando se trata de outras vacinas produzidas, atinentes ao enfrentamento de outras doenças, houve identificação de outros efeitos quando do período de vacinação em massa, diferentes dos outros mapeados quando do estudo clínico. Assim o que pode ocorrer é uma incidência maior no caso da vacina contra o Sars-CoV-2, mediante a tais especificidades de produção e ao lapso curto já relatados, a que amplia a relevância de uma responsabilidade estatal, vez que adquirente e desenvolvedor de controle prévio de qualidade por meio de sua agência reguladora.

De tudo enquanto exposto, não se retira a ímpar necessidade de vacinação e, inclusive, do alargamento de tal política, a destarte de ser reconhecida, nos termos de conhecimentos hodiernos, como instrumento hábil de controle e combate do vírus e em prol de voltar-se ao cenário normal.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Claudio José Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. A justiciabilidade do direito fundamental á saúde: concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Argumentum journal of Law**, Bahia, v. 10, p. 295-318, 2009. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1045>. Acesso em 04 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06 jun. 2021.

BRASIL. **Comunicado GGMON 005/21**. Disponível em: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/noticias-anvisa/2021/comunicado-suspensao-da-vacina-da-astrazeneca-para-gestantes/comunicado_ggmon_005_2021.pdf. Acesso em 08 jun. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 07 jun.2021.

BRASIL. **Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 07 jun.2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>. Acesso em: 08 jun.2021.

BRASIL. **Lei 14.125 de 10 de março de 2021**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14125.htm. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. **Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 2.217 de 27 de setembro de 2018**. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em 04 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 369.820 Rio Grande do Sul**. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 27/02/2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261622>. Acesso em 06 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586 Distrito Federal**. Relator: Ministro Carlos Lewandowski. DJ: 17/12/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>. Acesso em 06 jun. 2021.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Editora Atlas AS, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol 4. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; CORRÊA, Iose Luciane Machado. Responsabilidade Civil do Estado por omissão estatal. **Revista Direito CV**. v.8, p.109-130, jan/jun.2012. Doi: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100005>.

LOPES, Othon de Azevedo. **Fundamentos da Responsabilidade Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

LESSA, Sérgio de Castro; SCHRAMM, Fermin Roland. Proteção individual versus proteção coletiva: do programa nacional de vacinação infantil em massa. **Revista Scielo**. Disponível em: <https://www.scielo.org/pdf/csc/2015.v20n1/115-124/pt>. Acesso em 09 jun. 2021.

LIMA, Eduardo Jorge da Fonseca; ALMEIDA, Amalia Mapurunga; KFOURI, Renato de Ávila. Vacinas para Covid-19- o estado da arte. **Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil**, Recife, v. 21, p.521-527, fev. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbsmi/a/hF6M6SFrhX7XqLPmBTwFfVs/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 09 jun. 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. v. 9, n. 29, p.233-258, jul/dez. 2006. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/295/267>. Acesso em 12 jun. 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980320/>. Acesso em 11 jun 2021.

RESENDE, José Renato Venâncio; ALVES, Cândice Lisbôa. A vacinação obrigatória como um dever jurídico decorrente do direito fundamental à saúde. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 129-148, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69582/41511>. Acesso em 07 jun.2021.

ROSEVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612086/>. Acesso em 12 jun 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v.1, n.1, p. 171-213, mar. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v1i1.590>. Acesso em 07 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SODRÉ, Jorge Irajá Louro. **Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública brasileira devido às omissões: entre o monarca irresponsável e o estado segurador universal- critérios objetivos de fixação da responsabilidade estatal**. 2017. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito. Escola de Direito da Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

SOROMENHO, Adriano Silva. Responsabilidade Civil Objetiva do Estado brasileiro à luz da análise econômica do direito. **Revista da AGU**. v. 17, n.01, p.45-64, 2018. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/863>. Acesso em 09 jun. 2021.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa. **A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco (teoria geral e hipóteses práticas)**. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Curso de Pós-Graduação em Direito das relações sociais da Pontifca Universidade Católica de São Paulo. Pontifca Universidade Católica, São Paulo.

TARTUCE, Flávio. **Coleção Rubens Limongi - Responsabilidade Civil Objetiva e Risco**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4232-8/>. Acesso em 11 jun 2021

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense: Grupo GEN, 2020. 9788530990404. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990404/>. Acesso em 11 jun 2021.

CAPÍTULO 2

CONTRATO DE TRABALHO DO DOCENTE COM O CENÁRIO DA COVID-19: teletrabalho, jornada e consequências à luz do princípio da primazia da realidade

Gabriel Francisco Araújo
Lucas Rafael Chaves De Sousa¹⁹
Jaqueline Alves Da Silva Demetrio²⁰

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar o contrato de trabalho do docente e o cenário imposto pela COVID-19, abordando as alterações insurgentes e os respectivos reflexos à avença, à luz do princípio da primazia da realidade. A principal orientação metodológica utilizada é a descritivo-analítica, de modo a examinar os marcos legais concernentes à matéria, bem como atribuir-lhes juízo crítico, tomando por base o entendimento jurisprudencial vigente e os contributos doutrinários adequados. Para isso, vale-se da pesquisa bibliográfica e de abordagem qualitativa para a consecução de seus objetivos, utilizando técnicas como a análise de conteúdo e a análise documental. Depreende-se que, apesar da vigência nítida de marcos normativos no tocante à jornada de trabalho e sua respectiva remuneração, é perceptível uma dissonância significativa ao se vislumbrar a realidade laboral dos docentes, esta que os sobrecarrega e reiteradamente “esvazia” seus direitos.

Palavras-chave: Docentes; COVID-19; Jornada de Trabalho.

ABSTRACT: The current academic work aims to study the labor contract of teachers in the current scenario of COVID-19 pandemic, abroading upcoming alterations and its consequences according to the primacy of reality principle. The main methodological approach used is the descriptive-analytical one, in order to exam legal marks concerning the subject within a critical scope that bases it in a jurisprudence denotation in vigor and proper doctrine contributions. To do so, were employed bibliographic research methods in a qualitative approach, using techniques as content and documental analyses. It can be surmised that, regarding the uncontested validity of normative marks regarding employment journey and its respective payment, it is observable considerable dissonance between law and reality concerning the teachers employment reality that constantly produce labor overcharge and turn their rights “meaningless”.

Key words: Teachers; COVID-19; Employment journey.

1 INTRODUÇÃO

O magistério é uma modalidade de trabalho intelectual essencial à formação de diversos profissionais do mercado. Dada a sua considerável importância, a legislação trabalhista não poderia deixar de regular em caráter específico e com considerável nível de resguardo as normas relativas aos professores.

Sabe-se, contudo, que a atuação desses profissionais fora sobremaneira afetada pelo atual contexto pandêmico, o que implicou em consequentes alterações contratuais e materiais na atividade laboral do docente. Dentre elas, a adoção do regime de teletrabalho, que implica

¹⁹ Discentes do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), ambos cursando o quinto período.

²⁰ Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

na realização do ofício fora do espaço físico escolar, com o intermédio de mecanismos tecnológicos.

As análises a seguir demonstrarão que a opção por tal regime, ainda que necessária diante do momento vivenciado internacionalmente e essencial a seu enfrentamento, foi realizada em desconformidade com garantias essenciais à categoria; na medida em que sua utilização é feita com base na noção embrionária que teve gênese com a Lei nº 13.467/2017, que dota o teletrabalhador de certa autonomia em relação à produtividade e à jornada de trabalho, fato que não prospera diante das perspectivas atuais da atividade docente.

2 O REGIME CELETISTA DOS PROFESSORES

Precipualemente, serão aqui tratados certos aspectos gerais da regulamentação promovida exclusivamente pela Consolidação das Leis Trabalhistas, a qual dispõe de normas para tutela especial dos direitos dos professores de estabelecimentos particulares nos artigos 317 a 324, sem prejuízo da incidência de outras normas gerais do Direito do Trabalho e da própria Constituição da República Federativa do Brasil.

Para efeitos legais, o professor pode ser entendido como um trabalhador de natureza intelectual (DELGADO, 2019) ou seja, há a suposição de certa “cultura científica ou artística” necessária ao exercício da atividade, aspecto que o diferencia dos demais trabalhadores (ROMAR; LENZA, 2018). Importante destacar, conforme leciona a professora Volia Bomfim (2018), que a tutela estabelecida aos professores nos arts. 317 a 324 diz respeito apenas profissionais ligados do MEC, excluídos, portanto, os profissionais dedicados ao chamado “ensino livre”, como cursos de dança e de esportes, por exemplo. Nesse sentido, a exigência prevista no art. 317 da CLT de “habilitação legal e registro no Ministério da Educação” para o exercício de magistério remunerado nos estabelecimentos particulares de ensino.

Em relação à jornada de trabalho, prevê a redação do art. 318 da CLT que:

O professor poderá lecionar em um mesmo estabelecimento por mais de um turno, desde que não ultrapasse a jornada de trabalho semanal estabelecida legalmente, assegurado e não computado o intervalo para a refeição (BRASIL, 1943).

Ocorre que em redação anterior a Lei 13.415/2017 – responsável por alterar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e alterar a estrutura do ensino médio – “limitava a carga de trabalho do professor em **quatro** horas/aula consecutivas ou **seis** intercaladas por dia,

em um mesmo estabelecimento de ensino” (BOMFIM, 2018, p.640, *grifos da autora*) em vista do desgaste físico e intelectual do docente.

Nesse sentido, a própria jurisprudência atuava em sentido favorável à conservação de tal forma de jornada mais reduzida, por exemplo, através da Orientação Jurisprudencial nº 206 da SDI-I do Tribunal Superior do Trabalho, *verbis*: “Excedida a jornada de trabalho máxima [de quatro horas/aula consecutivas ou seis intercaladas] (art. 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, XVI, CF/1988)” (BRASIL, 2000) que ainda permanece em vigência. Todavia, pondera o professor Carlos Henrique Bezerra Leite (2019) que tal orientação deve sofrer alterações com a nova redação do art. 318, sendo necessária apropriada análise por parte do TST em relação aos contratos vigentes quando na vigência da Lei 13.415 na perspectiva principiológica do ato jurídico perfeito, direito adquirido e vedação ao retrocesso social.

Ainda sobre a jornada de trabalho, convém destacar certos pontos que são constantemente alvo de polêmicas no meio jurídico. Em primeiro lugar, tem-se a questão das “janelas”, compreendidas como o período de vacância entre os horários de aula. Malgrado se reconheça Precedente Normativo (PN 31) por parte da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que identifique as “janelas” como tempo à disposição do empregador e, portanto sujeitas à remuneração “como aula, no limite de 1 (uma) hora diária por unidade” – exceto quando requerido pelo próprio professor (BONFIM, 2018) –, há, também que se reconhecer que tal Precedente fora emitido no âmbito de vigência da redação anterior do art. 318 que fora altera a partir da Lei nº 13.415/17. Nesse sentido, resta discutir se a atual redação se mostra compatível com tais “janelas” e, segundo entendimento deste trabalho, em conformidade com as lições da professora Volia Bonfim (2018), não apenas como compatível – dada a previsão explícita a possibilidade de trabalho em turnos diversos para o mesmo empregador –, mas também como desejável em respeito ao princípio da norma mais favorável ao trabalhador cuja observância, nos dizeres de Maurício Godinho Delgado (2019), não pode faltar em aparente conflito de normas trabalhistas.

Deve-se destacar, ainda, que há possibilidade de configuração de um contrato de trabalho intermitente (Art. 443 e 452-A, CLT) – modalidade contratual inserida a partir da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhistas) –, por exemplo, quando há convocação eventual para o exercício da docência na ausência de um professor titular. Nessa modalidade, conforme lecionam os professores Volia Bomfim e Leonardo Dias Borges (2017), o tempo à espera do

chamado ao trabalho não é contabilizado como tempo à disposição do empregador, portanto não enseja remuneração, o que excetua de maneira inapropriada a incidência do art.4º da CLT, “que garante aos empregados que o tempo à disposição aguardando ordens do patrão é tempo de serviço efetivo e, portanto, computado no tempo de trabalho” (p.13). Nesse sentido, também destacam os autores que a admissão de que

[...] o trabalho seja executado de tempos em tempos, sem a garantia mínima de salário mensal e sem previsibilidade de quantidade mínima de dias de trabalho por mês ou número de meses de trabalho por ano, é equiparar o empregado ao autônomo, repassando ao trabalhador os riscos do contrato” (BOMFIM, BORGES, 2017, p,13)

Outra questão polêmica relativa à jornada diz respeito ao chamado “trabalho extraclasse”, correspondente ao tempo destinado às obrigações além do efetivo magistério, como o preparo de aulas, correção de provas e trabalhos e o preenchimento dos diários de classe (ROMAR; LENZA, 2018). Há certa corrente minoritária no sentido de considerar as atividades extraclasse como tempo à disposição do empregador, seja na modalidade de hora extra ou de sobreaviso; porém, segundo entendimento da professora Volia Bomfim (2018) – ao qual este trabalho calca suas inferências –, tais atividades já se encontram incluídas na jornada ordinária, e, por consequência, na remuneração do docente, que já goza de jornada reduzida para compensação do desgaste psicológico de tais atividade. Ressalva ainda a autora que, em relação a atividades como reuniões institucionais e cursos preparatórios exigidos pelo empregador, podem estas serem consideradas para efeito de hora extra ou tempo à disposição.

Por fim, tem-se também a análise da regulação da remuneração dos professores disposta na Consolidação das Lei Trabalhistas. Malgrado a jornada máxima, na atual redação do art. 318 da CLT, não os utilize mais como parâmetro, o sistema de “horas-aula” ainda se mostra relevante para a determinação da remuneração. Importante destacar que hora-aula não necessariamente designa a medida de tempo de 60 (sessenta) minutos, mas sim a hora de trabalho escolar efetivo (BOMFIM, 2018) que pode ser alterado conforme a instituição de ensino correspondente. Nesse sentido, prevê-se a seguinte regulação na CLT, *verbis*:

Art. 320. A remuneração do professor será fixada pelo número de aulas semanais, na conformidade dos horários.

§1º. O pagamento far-se-á mensalmente, considerando-se para este efeito cada mês constituído de quatro semanas e meia.

§2º. Vencido cada mês, será descontada, na remuneração dos professores, a importância correspondente ao número de aulas a que tiver faltado.

§3º. Não serão descontadas, no decurso de 9 (nove) dias, as faltas verificadas por motivo de gala ou de luto em consequência de falecimento do cônjuge do pai ou mãe, ou de filho.

Todavia, cumpre citar que, apesar da remuneração proporcional no regime de hora-aula – previsto inclusive na Constituição (Art. 7º, III), há também orientação jurisprudencial (OJ SDI-1 nº 244 do TST) no sentido de garantir a remuneração de um salário mínimo integral ao professor que trabalha em regime máximo de jornada (art. 318, CLT).

3 NOÇÕES GERAIS ACERCA DO TELETRABALHO E SUAS ALTERAÇÕES A PARTIR DA MP Nº 927/2020

Internalizado de forma oficial no Brasil em 1997, a discussão acerca do teletrabalho é resultado prático do período de constante evolução técnico-científica e informacional que invade a contemporaneidade. Com o perpassar dos séculos, a utilização de ferramentas e tecnologias cada vez mais inovadoras possibilitou não só um avanço exponencial em diversas áreas, como também um diálogo mais intenso destas ferramentas com a sociedade civil; que consegue ser ao mesmo tempo brilhante e aterrorizador, na medida em que reiteradamente são feitas indagações sobre quais os limites - ou se há algum - da influência desses mecanismos no cotidiano do ser humano? Existe algum tipo de margem de segurança?

Nessa ambiência, é cada dia mais perceptível a influência das novas tecnologias nas relações de emprego, sendo necessária à execução das mais variadas tarefas, apresentando-se em grande parte dos processos que envolvem as atividades laborais. O efeito disso é justamente a necessidade de um trabalhador versátil e atento às novas demandas impostas pelo ‘boom tecnológico’. É justamente nesse contexto que se insere o teletrabalho e os seus caracteres, na tentativa de ser uma via “alternativa ao clássico modelo de organização centralizada da produção” (STOLZ, 2017, *apud* MENDONÇA; ALMEIDA; VALÉRIO, 2021).

A noção embrionária desse instituto deriva de Jack Niles (1977), considerado o “Pai do Teletrabalho”, que o apregou como sendo uma gama de artifícios que possibilitassem a substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por ferramentas tecnológicas, em um objeto muito lúcido de *enviar o trabalho ao trabalhador*.

Tal ideia assemelha-se, em partes, as disposições contemporâneas sobre a matéria que, segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), é depreendida como a forma de trabalho realizada em lugar distante da sede da empresa ou do centro de produção, com a

aproximação de novas tecnologias, estas que tornam possível a dissociação da figura do trabalhador ao ambiente físico, e mesmo assim não impedem a comunicação e a produtividade.

Dessa forma, a partir dos entendimentos originários e contemporâneos, tem-se como componentes básicos para a configuração do teletrabalho: a) a utilização dos instrumentos de informática nas atividades laborais; b) deve ser realizado fora do espaço físico da empresa. Sobre este último tópico, há de se ressaltar a ideia de que “o trabalho pode ser efetivado em espaços designados exclusivamente para a prestação de trabalho remoto, em território estrangeiro, na residência do trabalhador ou mesmo em lugar não determinado” (MENDONÇA; ALMEIDA; VALÉRIO, 2021), não necessitando de um ambiente em específico - residência do trabalhador, p.ex. - para a efetivação do respectivo regime.

Para além, necessário destacar que a Lei nº 13.467/2017 foi responsável pela regulamentação normativa do teletrabalho no Brasil, alterando disposições da Consolidação das Leis Trabalhistas, de modo a incluir os caracteres que compõem esse regime específico de labor. A respeito disso, tem-se o acréscimo do art. 75-B, com a redação que assim segue:

Art. 75-B - Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo (BRASIL, 1943).

A matéria, que ganhou capítulo específico na CLT, pôde ser melhor internalizada no ordenamento pátrio, com disposições sobre a alteração do regime presencial para o teletrabalho e vice-versa (art. 75-B, §§1º e 2º), previsão de contrato de trabalho específico a ser firmado (art. 75-D), dentre outras inovações. Cabe dizer, também, que a iniciativa do teletrabalho - ao menos em tese - é propiciar vantagens à produtividade da empresa e ao bem estar do trabalhador, de modo a reduzir os custos, mesmo que o espaço de trabalho seja virtual.

Cabe salientar, entretanto, que nos últimos dois anos, tanto as disposições normativas quanto a atividade prática que envolve o regime de teletrabalho sofreram significativas alterações no Brasil. Tudo isso em decorrência da pandemia de COVID-19 (Sars-CoV-2), que até o presente momento já tirou a vida de mais de 4 (quatro) milhões de pessoas no mundo todo, e conseqüentemente fez com que a população mundial se adaptasse às medidas de isolamento social impostas pelas autoridades sanitárias para conter seu avanço.

Em vias de enfrentar a crise sanitária existente, ainda no ano de 2020 foram editadas várias normativas, como a Lei nº 13.979, que tratou mais genericamente sobre medidas para lidar com a disseminação do vírus, impondo quarentena aos infectados e suspeitos e demais medidas de isolamento. No âmbito do Direito do Trabalho, a principal norma que representou a adaptação ao chamado ‘novo normal’ foi a Medida Provisória nº 927, publicada em 22 de março de 2020, com o intuito de “enfrentar o estado de calamidade e seus efeitos econômicos” (KUBIAK; LANGOSKI, 2021).

Tal normativa foi responsável por trazer à baila uma série de medidas que buscassem a adaptação aos protocolos de contingenciamento social imperados pelos órgãos sanitários nacionais e internacionais, de modo a garantir ao mesmo tempo a segurança sanitária da população e a produtividade econômica em tempos de crise. Uma das alternativas encontradas foi justamente a adoção do teletrabalho pela empresa, sem a necessidade um acordo com o empregado ou registro prévio de alteração no contrato de trabalho. Somente deveria ser feita uma notificação ao funcionário, com antecedência mínima de 48 horas.

Essa ideia vai contra ao comumente apregoado na CLT a respeito do teletrabalho, já que a própria CLT exige que um acordo seja feito entre empregador e empregado, além da respectiva alteração no contrato de trabalho firmado. Mas as dissonâncias não param por aí. A MP também gerou conflitos ao dispor sobre as jornadas de trabalho do empregado, motivando até uma nota técnica por parte do Ministério Público do Trabalho (MPT).

A Medida Provisória nº 927, também afirma que não será considerado como tempo de disposição ou de sobreaviso o período de uso de programas de comunicação que estejam fora do horário normal de jornada de trabalho do empregado. A nota técnica do MPT também faz críticas a esse trecho da Medida Provisória, pois **permite que ocorram jornadas acima dos limites da Constituição Federal e seja desrespeitado o direito ao repouso do trabalhador** (KUBIAK; LANGOSKI, 2021, p. 116, *grifo nosso*).

Esse último ponto é, inclusive, alvo de muitas críticas. Isso porque, ao tratar das jornadas de trabalho sem pensar nos limites constitucionais asseverados, a MP abriu margem a uma série de efeitos aos empregados, muitos deles negativos e que resultaram não só em consequências ao regime do teletrabalho, mas à saúde e qualidade de vida de muitos trabalhadores. Estes últimos, além de terem suas vidas pessoais consumidas pela atividade laboral, tornaram-se “reféns” desta, fato que enfraqueceu seus vínculos familiares, os sobrecarregaram de tarefas e produziram profundos danos físicos e mentais.

Como toda e qualquer Medida Provisória, a N° 927 também possuiu duração temporária, tendo seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020. Contudo, muito daquilo que nela foi tratado sobre o teletrabalho produziu sérios efeitos, que perduram até hoje na realidade vivenciada por muitas áreas de trabalho em decorrência da pandemia, dentre as quais a atividade docente também se faz presente, e que igualmente sentiu os impactos desse contexto atípico, como será visto a seguir.

4 O CENÁRIO PANDÊMICO E SUAS IMPLICAÇÕES À ATIVIDADE DOCENTE

4.1 Princípio da primazia da realidade

Segundo lições de Vólia Bonfim (2018), a estética contemporânea do Direito do Trabalho tende a priorizar os fatos reais sobre as formas, noção denominada de princípio da realidade. Ou seja, para o meio jurídico-trabalhista, “o que importa é o que realmente aconteceu e não o que está escrito” (BONFIM, 2018, p. 186).

Tal máxima implica em sérias características atinentes às relações de trabalho na atualidade, que são interpretadas para além do que está asseverado na avença celebrada entre as partes. De modo a proteger o trabalhador, visa encarar a situação tal qual ela se consubstancia, para que este não seja interpelado pelo empregador a assinar documentos não correspondentes aos fatos e a seus interesses.

Cabe ressaltar que, ao contrário do que se pode pensar, o fato de tal princípio concentrar mais importância na realidade factual não implica dizer que ela pode contrariar o disposto legalmente, devendo encontrar seus limites na lei. Quando o princípio violar o que se encontra determinado em lei, faz-se necessária atividade ponderativa por parte do intérprete - Poder Judiciário, p.ex. -, analisando “entre o interesse do trabalhador e o interesse da sociedade, devendo ser valorado aquele que se coadune com a função social do direito” (BONFIM, 2018).

A doutrinadora indica, ainda, uma segunda controvérsia da utilização desse princípio: àquela que pondera se ele pode incidir sobre situação prática que seja contrária ao trabalhador. Segundo corrente por ela adepta, o princípio da primazia da realidade não é aplicável em detrimento ao empregado.

4.2 Desconformidade entre os planos formal e material no teletrabalho do docente

A estética de tal princípio pode muito bem ser observada no regime de teletrabalho que, ainda que tenha sido amparado normativamente com a Reforma Trabalhista e a inserção do Capítulo II do Título II na CLT, os dispositivos lá presentes apresentam visíveis assimetrias “com os princípios da inalterabilidade contratual lesiva, da assunção dos riscos do tomador de serviços, da proteção à saúde e à segurança da classe trabalhadora” (DA CONCEIÇÃO; ROSENTAL; FRANCO, 2018, p. 1.088).

Um exemplo disso está análise do art. 62, III, da CLT, que exclui o trabalhador em regime de teletrabalho às disposições correspondentes a duração do trabalho. Por conseguinte, esses empregadores não poderão ser contemplados com direitos como adicional de hora extra, adicional noturno, intervalos intra e interjornada, dentre outros. Ressalte-se, aqui, que essa diretriz celetista só encontra campo de justificação nas hipóteses em que o trabalhador possui “ampla liberdade para decidir sua produtividade e horário para se dedicar aos compromissos provenientes do contrato” (DA CONCEIÇÃO; ROSENTAL; FRANCO, 2018).

Essa última ideia não se aplica, entretanto, à atividade do professor em regime de teletrabalho durante a pandemia; este que, ainda que por vezes não utilize o espaço físico da escola para exercer suas atividades laborais, trabalha seguindo uma grade de horários predeterminados como se lá estivesse e, em muitas ocasiões, acaba não possuindo uma “jornada bem delimitada”, já que pode se valer dos mecanismos tecnológicos (*chats* de conversa, *apps* de videoconferência, redes sociais, etc.) para tirar as dúvidas de seus alunos, a qualquer horário.

Desse modo, observa-se que a prática da docência tal como ela se mostra no cenário pandêmico implica em dissonâncias ao que formalmente se prevê para o regime de teletrabalho, o que demonstra a séria necessidade da incidência do princípio primazia da realidade e, a partir da análise do caso concreto pelo Poder Judiciário, garantir a observância de direitos como à desconexão, ao respeito à jornada concernente aos professores (quatro horas-aula consecutivas ou seis intercaladas por dia), e aos respectivos adicionais concernentes ao extrapolamento dessa grade de horas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações já realizadas ao longo deste trabalho, depreende-se que: a) apesar das alterações recentes em decorrência de marcos legislativos, ainda gozam os docentes de prerrogativas legais e jurisprudenciais a serem observadas pelos empregadores no

regime de contrato de trabalho; b) em relação aos empregadores, todavia, tem-se observado certa negligência no trato apropriado para com os docentes, em decorrência da pandemia de COVID-19; c) mesmo que os marcos normativos advindos nesse período - como a MP N° 927/2020 - tendam a flexibilizar algumas dessas garantias, seu ‘conteúdo essencial nuclear’ ainda há de ser resguardado. Do contrário, configurar-se-ia verdadeira ‘precarização’ no exercício do magistério.

Infere-se, portanto, que a realidade atinente ao trabalho do professor no cenário pandêmico é bem distinta às disposições normativas que tutelam o regime de teletrabalho. Por isso, urge a intervenção não apenas do Legislativo no sentido de constituir maior amparo legal ao docente, como também da atividade hermenêutica realizada pelo Poder Judiciário, que deve estar atenta aos princípios fundantes do Direito do Trabalho, de modo a garantir a plena observância aos direitos trabalhistas mesmo em um cenário atípico como o atualmente vivenciado.

REFERÊNCIAS

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL, **Decreto-Lei n° 5.452 de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis trabalhistas. Diário Oficial da União. Brasília. DF. 1 mai, 1943.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Sessão de Dissídios Coletivos – 1). **Orientação Jurisprudencial n° 206**. Orientação Jurisprudencial. Professor. Horas Extras. Adicional de 50%. Brasília, DF. 08 nov, 2000. Disponível em: : https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_201.htm . Acesso em 06 ago, 2021.

BOMFIM, Volia; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. 1°. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017.

BOMFIM, Volia. **Direito do Trabalho**. 15°. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DA CONCEIÇÃO, Mauro Lucas Barreto; ROSENAL, Viviane Aparecida; FRANCO, Ângela Barbosa. O TELETRABALHO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA. **ANAIS SIMPAC**, v. 10, n. 1, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revisada e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudências superiores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

KUBIAK, Alexander Santos; LANGOSKI, Deisemara Turatti. REGIME DE TELETRABALHO NA PANDEMIA DA COVID-19: NOVAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS AOS TELETRABALHADORES. **Revista de Estudos Interdisciplinares**, v. 3, n. 2, 2021.

MENDONÇA, Adriana Lo Presti; ALMEIDA, Carla Vidal Gontijo; VALÉRIO, Mateus Mendes. DIREITO À DESCONEXÃO: Uma avaliação do teletrabalho em tempo de covid-19: da exceção à regra. **Revista Científica do UniRios**, p. 288, 2021.

NILES, Jack. **Fazendo do Teletrabalho uma Realidade**. São Paulo: Futura, 1997.

ROMAR, Carla Teresa Martins; LENZA, Pedro (coord.). **Direito do trabalho esquematizado**. 5º. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STOLZ, Sheila. Prefácio. In.: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 10-11.

CAPÍTULO 3

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO SUJEITO ATUANTE NA PROMOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Dominick Luzolo Veloso Bongo²¹

RESUMO: O trabalho em comento versa sobre a necessidade de se compreender as políticas públicas como categoria jurídica, visto que, é imprescindível que haja maneiras de concretizar direitos humanos fundamentais, em especial os direitos sociais. Desse modo, compreende-se que as instituições que constituem o Sistema de Justiça Brasileiro, como o Ministério Público, podem aplicar instrumentos de mediação ou conciliação, tendo em vista que tornaria a resolução do conflito mais célere e sobrecarregaria menos o Judiciário. Neste sentido, serão utilizadas técnica de pesquisa bibliográfica e documental, com a finalidade de investigar o papel do Ministério Público como sujeito atuante na promoção de políticas públicas. Diante disso, compreende-se que as políticas públicas são alicerçadas pelos princípios que orientam o Estado Democrático de Direito, e portanto, não são somente ideias abstratas, mas também um conteúdo atrelado ao dever de concretização, voltado a uma diversidade de sujeitos envolvidos e de direitos garantidos.

Palavras-chave: Políticas públicas. Ministério Público. Garantia de Direitos.

ABSTRACT: The work in question deals with the need to understand public policies as a legal category, since it is essential that there are ways to realize fundamental human rights, especially social rights. Thus, it is understood that the institutions that make up the Brazilian Justice System, such as the Public Prosecutor's Office, can apply instruments of mediation or conciliation, given that it would make the resolution of conflict faster and less burden on the judiciary. In this sense, bibliographic and documental research techniques will be used, in order to investigate the role of the Public Prosecutor's Office as an active subject in the promotion of public policies. In view of this, it is understood that public policies are based on the principles that guide the Democratic State of Law, and therefore, are not only abstract ideas, but also a content linked to the duty of realization, aimed at a diversity of subjects involved and of guaranteed rights.

Keywords: Public policies. Public Ministry. Guarantee of Rights.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a atuação do Ministério Público no fomento de políticas públicas. Observa-se que após a promulgação da Constituição de 1988, surgiu a necessidade de reconhecer os direitos de movimentos sociais que por anos lutavam para serem ouvidos.

Nesse sentido, as políticas públicas mudaram de ótica, abrangendo ainda mais a participação popular como eixo fundamental da democracia, onde sujeitos atuavam em todas as fases do processo de maneira proativa. Nesse sentido, o Judiciário possui importante função ao tutelar os direitos formalizados na Constituição Federal e o Ministério Público assume especial relevância como agente promotor da judicialização ante a inefetividade ou inoperância estatal.

²¹Advogada. Mestranda em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão-UFMA. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão-UEMA. Bolsista CAPES. E-mail: dominickluzolo@hotmail.com

No entanto, observa-se que a mera judicialização dos conflitos restringiria o alcance dos resultados obtidos, tornando os sujeitos envolvidos passivos a decisão judicial. Assim sendo, cada vez mais tem se buscado alternativas que possibilitem uma maior participação social que de fato expressassem os preceitos democráticos.

Desse modo, compreende-se que o fortalecimento Ministério Público e de suas funções foi evoluindo ao longo da história, visto que por muito tempo a instituição era vista apenas como órgão acusatório completamente distante das camadas populares da sociedade, mantendo apenas o status social dos detentores do poder da elite brasileira. Destarte, a instituição possuía bastante proximidade com as classes dominantes do país, sendo um mero porta voz, instrumentalizando a manutenção das desigualdades.

Nesse sentido, diversos mecanismos foram criados para tornar o Ministério Público cada vez mais acessível e presente na sociedade, como medidas que dão ênfase ao caráter emancipatório da população, partindo do pressuposto que uma população instruída tem maior possibilidade de garantir seus direitos e exercer sua cidadania.

Desta feita, se discutirá o papel do Ministério Público como mediador e conciliador nos conflitos sociais, estimulando a participação popular na formulação de políticas públicas, assim como toda a evolução histórica da instituição, fruto das pressões dos diversos agentes sociais em prol de uma sociedade mais justa e inclusiva.

2 A Construção Histórica do Ministério Público no Sistema de Justiça Brasileiro

Para parte da literatura, a origem do Ministério Público remonta ao Antigo Egito que tinha funcionários que trabalhavam a serviço do rei exercendo o papel de fiscais e acusadores (GARCIA, 2012). No entanto, muito se pensa que o Ministério Público teve origem no Estado francês.

Os chamados advogados do rei foram criados no século XIV e tinham atribuições exclusivamente cíveis. Os procuradores do rei surgiram com a organização das primeiras monarquias e, junto às suas funções de defesa do fisco, possuíam função de natureza criminal. Nesse sentido, o Ministério Público francês nasceu da união destas duas instituições, com o intuito de defender os interesses do soberano que representava os interesses do próprio Estado. Por conseguinte, a instituição do Ministério Público veio a ser formalizada de maneira mais evidente nos Códigos Napoleônicos, em particular, o Código de Instrução Criminal (MACEDO JÚNIOR, 2010).

O surgimento do Ministério Público, tal qual conhecemos, tem origem no Estado Moderno com uma reação contra a excessiva concentração de poderes na figura do Monarca. Ademais, nesse contexto histórico, a instituição era guiada por princípios tais como: a) a superação da vingança privada; b) entrega da ação penal a um órgão público tendente à imparcialidade; c) a distinção entre juiz e acusador; c) tutela dos interesses da coletividade e não só daquele do fisco do soberano; e) execução rápida e certa das sentenças dos juízes. Cumpre salientar que, é só após a formação do Estado Moderno e o fim da Idade Média que se inicia a separação dos poderes do Estado, que estavam anteriormente, concentrados nas mãos do monarca (MACEDO JÚNIOR, 2010).

No Brasil a figura do promotor sempre esteve ligada aos interesses das elites, realizando primordialmente um papel acusatório, criando uma imagem muito distante dos interesses das camadas mais pobres da sociedade. Em uma das obras mais celebradas da dramaturgia brasileira, *O Auto da Compadecida (1955)* de Ariano Suassuna, o personagem João Grilo em seu julgamento diz que: “Esse diabo é uma mistura de tudo que eu nunca suportei: promotor, sacristão e soldado de polícia”, demonstrando bem como era visto o promotor no Brasil ao longo da história.

A figura do promotor de justiça foi definida pela primeira vez no Estado brasileiro, em 1609, com a criação do Tribunal da Relação da Bahia, que juntamente com os procuradores dos feitos da coroa e da fazenda, integrava o tribunal que era constituído por dez desembargadores. Já em 1751, foi criado no Rio de Janeiro outra Relação, que posteriormente em 1808 iria se transformar em Casa de Suplicação do Brasil, cujo papel era julgar recursos da Relação da Bahia. Assim sendo, os cargos de promotor de justiça e de procurador dos feitos da coroa e fazenda separaram-se e foram ocupados por dois titulares, sendo este portanto, o primeiro passo para a separação total das funções da Procuradoria Pública responsável pela defesa do estado e do fisco, e o Ministério Público, cuja separação definitiva só seria formalizada definitivamente com o advento da Constituição Federal (MACEDO JÚNIOR, 2010).

Com a criação da Lei do Ventre Livre (Lei nº 2040 de 28 de setembro de 1871) o promotor de justiça passou a ter função de protetor do fraco e indefeso, estabelecendo o dever de zelar para que os filhos livres de mulheres escravas fossem devidamente registrados. Já no período da República, o Ministério Público passou por diversas fases nas constituições vigentes. A Constituição de 1937 trouxe a figura do quinto constitucional mecanismo pelo

qual um quinto dos membros dos tribunais deveria ser composto alternadamente por profissionais oriundos do Ministério Público e Advocacia. A Constituição Federal de 1946 reservou um título especial para tratar sobre o Ministério Público, sem vinculação com os demais poderes da República, instituindo os Ministérios Públicos Federal e Estadual, garantindo-lhes a estabilidade na função, o concurso de provas e títulos, a promoção e a remoção apenas por representação motivada da Procuradoria Geral, e definindo sua estrutura e atribuições (MACEDO JÚNIOR, 2010).

Diante disso, observa-se que com o fortalecimento do Estado e o reconhecimento dos direitos, foi se tornando necessário a delimitação dos poderes de cada instituição, como forma de se evitar os excessos das autoridades e garantir os direitos da população. Destarte, o poder é uma das principais características do Estado, contudo, este poder foi moldado ao longo da história em um viés cada vez mais democrático levando-se em consideração os direitos humanos e o bem estar social. Assim, sendo as limitações do poder do Estado se fizeram necessárias haja vista que a soberania da vontade popular se tornou de suma importância para uma sociedade mais justa.

À vista disso, o Estado Democrático de Direito foi criado com bases sólidas em normas que surgiram após anos de lutas expressando todos os anseios sociais, as normas passaram a se basear em direitos e princípios de preservação da dignidade humana. Nesse sentido Norberto Bobbio aduz que:

Deve-se recordar que a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração dos regimes representativos, ou seja, pela dissolução dos Estados de poder concentrado. Embora toda analogia histórica deva ser feita com muita cautela, é provável que a luta pela afirmação dos direitos do homem também contra o Estado pressuponha uma mudança que, de fato, já está em andamento, ainda que lento, sobre a concepção do poder externo do Estado em relação aos outros Estados, bem como um aumento do caráter representativo dos organismos internacionais. (BOBBIO, 2004, p. 23).

Durante o Regime Militar, a Constituição de 1967 regulamentou os concursos de provas e títulos para sua admissão, e subordinou o Ministério Público ao Poder Judiciário. Contudo, a Constituição de 1969 (ou Emenda Constitucional nº 17 de outubro de 1969), apresentou um retrocesso haja vista que, o Ministério Público perdeu sua independência, sendo subordinado ao capítulo do Poder Executivo, além de ter retirado as mesmas condições de aposentadoria e vencimentos atribuídos aos juízes. (MACEDO JÚNIOR, 2010).

Assim sendo, compreende-se que através da diminuição e anulação das funções do Ministério Público durante o regime militar, o Estado buscou implementar o autoritarismo e sufocar os mínimos direitos outrora garantidos, submetendo o Ministério Público aos domínios dos interesses do Estado, por meio da retirada de sua independência funcional.

A Lei nº 6938/81 dispôs sobre a indenização ou reparação de danos causados ao meio ambiente, legitimando dessa forma, o Ministério Público para a proposição de Ação de Responsabilidade Civil e Criminal. Por conseguinte, a Lei nº 7347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, deu legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em defesa dos interesses coletivos, como aqueles ligados à defesa do meio ambiente, patrimônio histórico e paisagístico, consumidor, deficiente, direitos constitucionais do cidadão dentre outros. Assim sendo, após essa lei, estabeleceu-se uma ponte para o tratamento judicial de grandes questões do direito de massas e dos novos conflitos sociais coletivos, de caráter urbano (MACEDO JÚNIOR, 2010).

Desse modo, Habermas (2003) aduz que:

De um lado a garantia estatal da normatização do direito oferece um equivalente funcional para a estabilização de expectativas através de uma autoridade sagrada. Enquanto as instituições apoiadas em imagem de mundo fixam as convicções que comandam o comportamento através de limitações à comunicação, o direito moderno permite substituir convicções através de sanções, na medida em que libera os motivos que acompanham a obediência a regras, porém impõe respeito (HABERMAS, 2003, p. 59)

No período anterior ao advento da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público de 1981 (LC/81), admitia-se a figura do promotor ad hoc no sistema jurídico nacional, que era nomeado pelo juiz entre pessoas que não pertenciam à carreira do Ministério Público. Historicamente, o Ministério Público sempre desempenhou o dever de estar atrelado a soberania do Estado, tendo em vista que, lhe era atribuído pleitear perante o Poder Judiciário a aplicação da justiça. Entretanto, observa-se que nas relações sociedade-estado no Brasil contemporâneo, o Estado, por vezes, apresenta-se mais ameaçador no que tange a transgressão de direitos individuais e coletivos. Nesse sentido, justifica-se a separação, no âmbito constitucional, da Advocacia Geral da União e Procuradoria do Estado enquanto legítimos defensores os interesses do Estado, já o Ministério Público ficou incumbido de proteger os interesses públicos e sociais (MACEDO JÚNIOR, 2010).

Com a reabertura democrática no Brasil, cada vez mais foi sendo exigido do Ministério Público, uma postura mais ligada a defesa dos interesses da sociedade, sobretudo

as inúmeras mazelas sociais do país que necessitavam de ações mais incisivas para que se solucionasse estas demandas.

3 O controle judicial de Políticas Públicas no Brasil

Considera-se Políticas Públicas os instrumentos usados para a efetivação das demandas referentes aos direitos sociais que devido a sua natureza, dependem de uma ação direta dos poderes públicos. Compreende-se ainda que, as políticas públicas constituem-se em uma forma de intervenção estatal, na gerência dos interesses da sociedade, definindo por intermédio dos Poderes Legislativo e Executivo, as metas e os meios que serão utilizados na resolução dos conflitos da comunidade. Outrossim, cumpre salientar, que é necessário que haja a participação popular, visto que as políticas públicas tem como intuito promover a atuação da sociedade, sobretudo daqueles que historicamente foram silenciados e tiveram seus direitos desfavorecidos (ASSIS,2012).

Segundo Paulo Bonavides (2001)

Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade; e, mais do que forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito (BONAVIDES, 2001, P. 161)

Destarte, políticas públicas são atividades de predominância administrativa que criam forma por meio de programas de atuação do governo, dos quais procuram definir as áreas sociais que serão objeto das políticas e, portanto, deverão ser priorizadas ao se realizarem o planejamento dos objetivos a serem alcançados. Dessa forma, é por intermédio do Estado brasileiro que se analisa os instrumentos disponíveis e o momento certo para sua realização, assim como a direção dos recursos públicos necessários para a execução desses objetivos (ASSIS,2012).

Todavia, Direito não é política, visto que não admite escolhas particulares, tendenciosas de discricionariedade plena com a finalidade de agradar algum grupo. Essa interface entre o jurídico e o político será feita pela própria Constituição que buscará submeter o exercício do poder aos moldes jurídicos e das categorias que o compõem, como a noção de segurança, justiça e de bem estar (BITENCOURT, 2013).

Outrossim, com a evolução da sociedade, cada vez mais as relações sociais vêm se tornando complexas, de tal maneira que o Poder Judiciário vem sido acionado para se

manifestar sobre os direitos da população que porventura, possam estar envolvidos em controvérsias políticas e desse modo não estar sendo realizado em prol dos anseios populares. Esta ideia de participação mais ativa do judiciário, é oriunda do pensamento de que a Constituição de uma sociedade possui força normativa necessária para assegurar a plena aplicabilidade de suas normas, impedindo a violação de seus dispositivos em respeito à supremacia da Constituição (ASSIS,2012).

Diante disso:

(...) omitindo-se o Legislativo e o Executivo ou não cumprindo de forma efetiva suas obrigações, caberá uma postura ativa do Judiciário, exigindo deles a disponibilização de serviços públicos, bem como a melhoria na sua qualidade. Porém, em caso de inércia injustificada desses poderes, deverá o judiciário impor-lhes penalidades, fazendo valer a força normativa da Constituição na consecução dos seus objetivos (ASSIS, 2012, p. 29).

A legitimidade que o Poder Judiciário possui de controlar e intervir em casos de abusividade governamental na falta de concretização dos direitos sociais, econômicas e culturais, no que tange a implementação de políticas públicas, foi atribuída pela Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45, julgada pelo Supremo Tribunal Federal – STF em 2004. (COSTA; FROTA, 2016).

Nesse sentido, o Judiciário no âmbito de sua interpretação, não possui subsídios e nem deveria ter, a atribuição de definir objetivos, metas e diretrizes de uma política pública. Dessa forma, a intervenção estatal na seara das políticas públicas só atuará por meio do Poder Legislativo ou Executivo. Contudo, o Judiciário poderá agir no que tange o controle da maneira de estabelecimento, na definição e na implementação das políticas, desde que não invada a competência de decisão da política dada ao legislador e ao administrador. Ressalta-se que, controlar a forma de implementação e implementar são coisas completamente distintas (BITENCOURT, 2013).

A judicialização das políticas públicas possui diversas dificuldades que impedem a plenitude de sua concretização, tendo em vista, que pode se apresentar como algo moroso, cansativo, dispendioso e, principalmente acarretar em uma resolução ineficaz ao conflito, visto que a decisão judicial, nem sempre consegue abarcar os verdadeiros interesses de requerentes e requeridos (COSTA; FROTA, 2016).

Diante disso, muitos pesquisadores começaram a identificar outras maneiras de discutir sobre esses conflitos, sob a égide jurídica sem necessariamente levá-los ao Judiciário. Nesse sentido, surgiu o que se define como juridicização das políticas públicas, que é a ênfase

na resolução de divergências sociopolíticas por meio dos Sistemas de Justiça, de forma alternativa ao pleito judicial (COSTA; FROTA, 2016).

A Constituição é focada na proteção ao direito sendo esse o elemento de conexão a ser considerado. O Judiciário tutela as políticas públicas a partir da expressão de direitos feitos por elas. Portanto, excluem-se os juízos sobre a qualidade ou da adequação em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, reunidos na política pública (BUCCI, 2006).

O processo é a sequência de atos tendentes a uma finalidade, procedimento, agregado de elemento contraditório. O contraditório, no contexto da formulação de políticas públicas seria a abordagem jurídica inequívoca da dimensão participativa. Em relação ao interesse processual, sua noção foi ampliada após o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90) e da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), que trouxe maiores possibilidades judiciais para a admissão de lides envolvendo interesses coletivos e difusos, muito mais amplo que o direito processual tradicional (BUCCI, 2006).

Nesta senda, observa-se que as instituições pertencentes ao Sistema de Justiça Brasileiro, podem utilizar alternativas como a elaboração de Termos de Ajustamento de Conduta – TACs, mediação ou conciliação o que reduziria, pelo menos em tese, o tempo de resolução do conflito, se comparado ao tempo de espera por intermédio da implementação da política pública via Poder Judiciário. Outrossim, cumpre salientar que esse fenômeno da juridicização das Políticas Públicas significa que existem outras maneiras de atuação das instituições jurídicas que não remetem, impreterivelmente, a um processo judicial, em que haveria a judicialização da política pública. No entanto, ainda seria realizada uma discussão jurídica sobre os conflitos sociopolíticos (COSTA; FROTA, 2016).

Destarte, é possível vislumbrar diversas vantagens do fenômeno da juridicização em relação à judicialização. Primordialmente, porque esse modo de busca pela implementação das políticas públicas vai além da atuação singular de um magistrado, ou seja, a resolução pode ser raciocinada e construída através de uma atuação conjunta de vários atores do ciclo de políticas públicas. Dessa forma, a mediação nesse sentido seria opção viável visto que, é medida de gestão de conflitos que tem por premissa a solução de conflitos por meio do consenso, do diálogo e sobretudo, por intermédio da concessão recíproca, o que possui absoluta compatibilidade com o ciclo/processo das políticas públicas (COSTA; FROTA, 2016).

Por conseguinte, a juridicização das políticas públicas possibilita a participação de diversos sujeitos do ciclo de políticas públicas, inclusive da sociedade civil, enquanto a judicialização só permite a participação de demandante versus demandado que tenham legitimidade e interesse jurídico na demanda. Desse modo, na judicialização das políticas públicas só são admitidos a litigar quem comprove possuir as condições da ação, o que cerceia significativamente a discussão sobre a implementação de tais políticas (COSTA; FROTA, 2016).

No que diz respeito a essencialidade da justiça, o que se depreende é que a prestação jurisdicional não é proativa, não é autônoma, ela é acionada e só depois de maneira formalmente adequada, poderá suscitar comandos para obrigar os particulares e o Estado ao cumprimento de suas decisões (ALVES, 2017).

Compreende-se então que, não há democracia sem participação tendo em vista que a participação promove revitalização da democracia denotando o grau de eficácia e legitimidade no âmbito social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político em uma sociedade dividida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses (BONAVIDES, 2001).

4 O caráter resolutivo na atuação do Ministério Público pós Constituição de 1988

Antes da Constituição de 1988, os discursos eminentes eram aqueles que reverberavam a subordinação e o medo, em uma conjuntura em que o exercício da democracia era diminuído pela intervenção de um Estado repressor, em uma sociedade em que juridicamente, predominava a dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, onde direitos coletivos não eram levados em consideração. Nesse contexto, surgiram discursos oriundos de diversos movimentos sociais, que exigiam uma atuação mais ativa do Ministério Público na defesa dos interesses coletivos (ALVES, 2017).

Portanto, nenhum ramo do sistema jurídico está isento de receber críticas, sobretudo porque é necessário a observância da aplicação dos direitos e se esses sistemas de fato funcionam aos seus destinatários (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Dessa forma, a validade de uma determinada lei e conseqüentemente sua obediência, altera de acordo com as crenças da sociedade em que está inserida, sociedade esta, que tem o poder de legitimar os fundamentos das normas estabelecidas (HABERMAS, 2003).

A Constituição de 1988, trouxe um novo perfil ao Ministério Público com caráter resolutivo e menos demandista, privilegiando uma atuação mediadora e extrajudicial, com a finalidade de promover os interesses da população presentes na Constituição. Ao Ministério Público é atribuído o poder-dever de exigir prestação de contas de uma administração que não esteja adequada aos ideais da Constituição (ALVES, 2017).

Sobre o Ministério Público a Constituição Brasileira dispõe que:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

(....)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria de entidades públicas.

O Ministério Público e os órgãos que o compõem, não tem o poder de proporcionar por si sós os direitos sociais e individuais indisponíveis, apenas agem por meio do poder judiciário que é constituído de poder de coerção. É através da comunicação entre os sujeitos sociais que se promove a participação popular nos processos que definem os interesses da coletividade que se materializarão através das políticas públicas. Entretanto, a capacidade de compreensão de uma população acerca dos seus direitos é diretamente proporcional ao número de indivíduos que possuem melhores condições econômicas e sociais (ALVES, 2017).

Nesta seara, é necessário que haja uma interação maior dos profissionais de direito com outros conhecimentos como sociologia, política, psicologia, ampliando os seus métodos

para além dos tribunais. Compreende-se ainda que, o acesso à justiça é o foco principal da processualística moderna, e requer aprofundamento em seus objetivos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

Portanto, Habermas (2003) aduz que:

A tensão entre o idealismo do direito constitucional e o materialismo de uma ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, que simplesmente reflete a distribuição desigual do poder social, encontra o seu eco no desencontro entre as abordagens filosóficas e empíricas do direito (HABERMAS, 2003, P. 63).

Todavia, a atuação estritamente demandista do Ministério Público é decorrente de um dano prévio a direitos, pressupondo desta maneira que a instituição não conseguiu atingir a meta de se comunicar com a sociedade e promover a educação em direitos (ALVES, 2017). Desta feita:

Essa falha pode ser debelada por essa atuação resolutiva do Ministério Público, de mobilizar-se como verdadeiro “trabalhador social” no interesse da coletividade ainda no processo de formação ou aperfeiçoamento de políticas públicas (ALVES, 2017, P.157)

Por este motivo o papel do Ministério Público em conjunto com a sociedade transcende as soluções que o Poder Judiciário pode dar ao conflito, pois muitas vezes, embora haja a sentença judicial proferida e executada, o conflito ainda persiste ocasionando novos problemas que acarretarão em um novo processo, reiniciando-se um novo ciclo (COELHO; KOZICKI, 2013).

Desse modo, o que se almeja da instituição é a sua atuação na mediação entre sociedade civil e Estado proporcionando espaços de discussão onde as particularidades dos sujeitos sejam preservadas e levadas em consideração nos debates sociais. Assim sendo, o Ministério Público detém o poder de estimular os processos de formação de políticas públicas, nas quais haja o protagonismo da sociedade civil, não cabendo à instituição compelir o mérito administrativo (ALVES, 2017).

Nesse sentido Habermas (2003) afirma que:

Através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas, o direito extrai sua força integradora, em última instância, de fontes da solidariedade social (HABERMAS, 2003, P. 62).

O Ministério Público é de fundamental importância, ao proporcionar à população, instrumentos de acesso à educação em direitos, sobretudo, em uma sociedade com baixo nível de escolaridade como a brasileira. Desta maneira, se torna cada vez mais essencial a

intervenção mais dinâmica da instituição, e menos demandista, para viabilizar aos cidadãos a oportunidade de conhecer seus próprios direitos, e assim poder lutar por eles.

Dessa forma, para Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1998):

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva- com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social (CAPPELLETI; GARTH, 1988, P. 12-13).

Nesta seara, visto que os direitos de comunicação e de participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente, no que tange a legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser considerados como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles devem ser compreendidos dando ênfase na posição de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento (HABERMAS, 2003).

Assim, compreende-se que o processo legislativo se constitui em um espaço de integração social, na medida em que os participantes sejam cidadãos associados de maneira livre em prol dos interesses comuns, assegurados pela legitimidade, deixando de ser desta maneira, sujeitos privados do direito (HABERMAS, 2003).

Nesse contexto, o papel do judiciário na efetividade de direitos, tem sido debatido com mais ênfase sobretudo com a ampliação do exercício da cidadania, demonstrando assim a relevância de democratização da jurisdição com base nos princípios democráticos (BITENCOURT, 2013).

Para Habermas (2003), a positividade do direito não se baseia tão somente em seu poder de coerção e em decisões autoritárias, mas sim da legitimidade que determinada norma possui perante a sociedade. Nesse sentido a positividade vem acompanhada da aceitabilidade racional do sistema normativo estabelecido (HABERMAS, 2003)

Nesse contexto, compreende-se que:

O povo assim qualificado, titular da nova legitimidade, não somente encarna a vontade dos governados, senão que a transmuta em vontade governante. Sujeito da nova titularidade do poder, entrava ele a operar a grande estratégia libertadora do ente humano ao longo dos tempos vindouros, mediante processo centralizador ainda agora em curso e com o qual se familiariza cada geração política (BONAVIDES, 2001, P. 150)

A autora Roberta Vasconcelos, em sua dissertação: *O Ministério Público na atuação sociomediadora do direito à saúde: participação no processo de políticas públicas* (2019)

aduz que a atuação sociomediadora do Ministério Público é efetivada a partir de alguns instrumentos clássicos, dentre eles estão: Inquérito Civil Público, Audiências Públicas, Ajustamento de Condutas e Recomendações.

O Inquérito Civil advém da lei nº 7.347/1985- Lei da Ação Civil Pública, sendo sua instauração facultativa e unilateral, servindo de meio de investigação de determinada situação por meio de um procedimento administrativo estabelecido por portaria, a qual será concedida publicidade. Sua natureza jurídica é de procedimento haja vista que não objetiva impor sanções, entretanto, constitui-se como uma forma do membro do Ministério Público diligenciar, investigar e requisitar informações a autoridades ou a particulares. Sua natureza é administrativa, tendo como finalidade a investigação e solução de conflitos. Dessa maneira, através de uma atuação extrajudicial adequada, caso as partes envolvidas também exerçam o seu papel de cooperação, é possível não só o prévio esclarecimento de fatos e instrução do conflito, como também, em diversos outros casos, a solução da problemática verificada no caso concreto.

Nesta senda, a investigação funciona como instrumento para a composição extrajudicial do conflito e obtenção da pacificação social, sem a passagem do tempo e o custo do processo, que é um fator que se agrava devido à complexidade natural das demandas coletivas, destinadas a durar por mais tempo e a gerar mais gastos econômicos (VASCONCELOS, 2019).

A Audiência Pública é fundamentada no princípio disposto no art. 1º, parágrafo único, da CF/1988 que estabelece o direito à soberania popular. Este procedimento constitui-se no poder que o cidadão possui de reivindicar direitos, apresentar propostas, exigir o cumprimento de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como, tomar conhecimento de fatos ou medidas aplicadas pelas autoridades públicas. O principal objetivo da Audiência Pública é a promoção de um debate com os sujeitos sociais, estimulando o diálogo e encorajando-os a buscarem formas para solucionarem os problemas que afligem esse núcleo social, servindo também como instrumento para obtenções de mais informações, provas ou documentos.

Através desse momento de diálogo, o *Parquet* obtendo mais informações sobre a questão social em análise, poderá reestruturar seu modo de atuação de maneira dinâmica, exercendo o papel de interlocutor social, construindo assim uma solução que atenda ao melhor interesse da comunidade envolvida, ou seja, poderá exercer com maior eficiência a sua

atribuição constitucional, até mesmo com a possibilidade de escolha de alternativas não pensadas em um primeiro instante para que o caso seja solucionada em determinada solução (VASCONCELOS, 2019).

A Recomendação é um instrumento unilateral e sem caráter coercitivo, todavia, se não for cumprida no prazo estabelecido, o representante do MP poderá tomar as medidas administrativas e judiciais que entender cabível para adequação da conduta do agente (Ação Civil Pública, Ação de improbidade administrativa, entre outras medidas). Portanto, compreende-se que a Recomendação se configura como instrumento preparatório e preliminar, buscando uma conformidade de conduta.

A Recomendação configura-se na aplicação de medidas que são utilizadas de maneira discricionária pela Administração Pública, assim como, também podem ser determinadas por força de excoutoriedade do Poder Judiciário. Apesar de não possuir a capacidade de vincular a atuação do Poder Público, pode servir para a reflexão do administrador, do legislador, dos agentes públicos a quem é direcionado e, dessa forma, contribuir para a proteção em abstrato e a efetivação em concreto de direitos constitucionais, sobretudo os de ordem coletiva. Outrossim, compreende-se que o promotor de justiça, ao expedir uma Recomendação, deve estar atento às particularidades do contexto fático sobre o qual está recomendado a adoção de providências, sob pena de tornar-se inviável para o seu destinatário e distante da realidade, o que se desconecta do modelo resolutivo de atuação (VASCONCELOS, 2019)

O Termo de Ajuste da Conduta-TAC é um acordo que o Ministério Pública faz com determinado agente que não tenha observado preceito que protege um direito. Esse instrumento tem o objetivo de coibir a situação de ilegalidade, assim como evitar o ajuizamento da ação judicial. Desse modo, o referido instrumento, ao contrário da Recomendação é firmado bilateralmente para determinada problemática possa ser solucionada, sendo previsto que caso não seja cumprido no prazo disposto, o MP terá que recorrer ao Poder Judiciário (VASCONCELOS, 2019).

Além dos instrumentos tradicionais mencionados, existem novos modelos resolutivos que passaram a ser pensados a nível nacional pelos próprios membros da instituição (VASCONCELOS, 2019). A autora assevera que:

Ainda, em se tratando da concepção de novos instrumentos para a atuação resolutiva, dá-se destaque nessa pesquisa para a proposta de reformulação dos

conceitos tradicionais de Promotorias, sendo denominados *Promotorias de Projetos*. Essa nova concepção de Promotoria deve agir com base em um planejamento específico, por meio de planos e programas de atuação, estabelecendo prioridades, objetivos e metas a serem alcançadas pela Promotoria, dentro de seu âmbito de atuação. Dessa forma, a efetividade de uma Promotoria seria mais facilmente identificada, uma vez que os resultados do trabalho devem ser condizentes com as prioridades elencadas naquele período. Por conseguinte, os planos, programas e projetos servem de base para a avaliação da efetividade das promotorias, o que deve ser efetivado pelas Corregedoria (VASCONCELOS, p. 74, 2019).

Portanto, se mostra cada vez mais necessário, o estímulo de medidas extrajudiciais que enfatizem o protagonismo da população, razão pela qual é de suma importância as funções desempenhadas pelo Ministério Público. Através da conscientização da sociedade por intermédio da educação em direitos, vai se construindo uma cidadania mais emancipatória e participativa com políticas mais efetivas na diminuição das desigualdades sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a promulgação da Constituição de 1988, emergiram preceitos democráticos oriundos das múltiplas necessidades de grupos e movimentos sociais que por anos foram invisibilizados. Essa diversidade de sujeitos ansiava por solidificar seus direitos, para além de decisões judiciais.

Neste sentido, compreende-se a relevância da participação popular nas demandas, visto que cabe ao povo, sempre que sentirem que seus direitos foram prejudicados, acionar os Sistemas de Justiça pois, estes não possuem o poder de solucionar determinados conflitos de forma autônoma sem a participação da sociedade. Todavia, as profundas desigualdades sociais que por consequência ocasionam em um baixo alcance à informação e educação por boa parte da sociedade, dificultando assim o acesso ao conhecimento acerca dos seus direitos.

Historicamente, o Ministério Público sempre esteve ligado aos soberanos e aqueles que detinham poder. Entretanto, a vontade popular foi conquistando cada vez mais espaço, limitando os poderes do Estado que se reuniam em apenas uma autoridade e que sufocavam os direitos do povo. Os valores morais da sociedade foram evoluindo e se consolidado nos direitos de cada indivíduo e não somente em prol do soberano. Esses valores foram sendo formalizados em normas que se tornaram garantias da preservação desses direitos. Observa-se ainda que, foi se estabelecendo a ideia de que determinados direitos antecedem o ordenamento jurídico, e por este motivo, devem ser protegidos e garantidos de maneira igualitária para todos os cidadãos.

Assim sendo, o Ministério Público no decorrer dos anos, foi se desvinculando de sua função meramente acusatória, para desempenhar o papel de mediador entre a sociedade civil e o Estado, incluindo às suas atribuições o dever de garantir o protagonismo nas decisões políticas do país, da população historicamente excluída, para que possam assim, atuar de forma emancipatória em seu exercício da cidadania.

Diante disso, foram adotados diversos instrumentos que viabilizassem a participação popular como Inquérito Civil Público, Audiências Públicas, Ajustamento de Condutas e Recomendações. Vale destacar também, a reestruturação da instituição, deixando de ser meramente demandista para se tornar um importante órgão propulsor da emancipação da sociedade através de medidas extrajudiciais.

Desta maneira, depreende-se que o Ministério Público ao estimular meios extrajudiciais na resolução de conflitos, se apresenta como importante aliado no processo de democratização e efetivação de direitos, assim como retira do já sobrecarregado Poder Judiciário, a responsabilidade total de resolver conflitos que por vezes não se encerram e continuam mesmo após a sentença judicial.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Márcio Maia. **Ministério Público e Políticas Públicas – Ação Comunicativa e Participação Popular para a Efetividade dos Interesses Sociais**. Curitiba: Juruá, 2017.

ASSIS, Victor Hugo Siqueira. O controle judicial das políticas públicas: A problemática da efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: **Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão**. São Luís, n. 19, jan/dez, p. 13-31, 2012.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre Núria Fabris Editora, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade)** São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum*, 25.ed. atual e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico** (Maria Paula Dallari Bucci, org.) São Paulo: Saraiva, p. 1-50, 2006.

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

COELHO, Sérgio Reis; KOZICKI, Katya. O Ministério Público e as políticas públicas: definindo a agenda ou implementando as soluções? In: **Revista da AJURIS** – v. 40 – n. 130 – Junho 2013.

COSTA, Ana Carolina Farias Almeida da; FROTA, Francisco Horácio da Silva. Defensoria Pública, Estado e atuação coletiva: potencializando as políticas públicas sociais e o acesso à justiça. In **Conhecer: debate entre o público e o privado** . v 06 . nº 16. p. 179-199. 2016.

GARCIA, Monique Julien. A origem do Ministério Público e sua atuação no Direito Comparado. In: **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo: V. 2, p. 131-155, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume I**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MACEDO JÚNIOR, RP. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. SADEK, MT.,org. In *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, pp. 65-94, 2010.

VASCONCELOS, Roberta Silva. **O Ministério Público na atuação sociomediadora do direito à saúde: participação no processo de políticas públicas**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão. São Luís, p. 142. 2019.

CAPÍTULO 4

CONDIÇÃO ANALÓGA À ESCRAVIDÃO E DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO: consequências no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e a situação do Estado do Maranhão

Eduardo Fabricio Segadilha Carvalho²²

Carolayne dos Santos Silva²³

Diandra Regina Alves dos Passos²⁴

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo analisar a condição análoga à escravidão sob o prisma dos direitos humanos do trabalho, tratando-se das repercussões jurídicas da prática frente ao ordenamento jurídico-constitucional brasileiro sob uma perspectiva humanista, além de investigar as causas, implicações e enfrentamento do trabalho análogo à condição de escravo no âmbito do Estado do Maranhão, conservando como problema de pesquisa o examinar as consequências jurídicas advindas da ocorrência de trabalho escravo contemporâneo no ordenamento constitucional-jurídico brasileiro e entender o porquê do Maranhão ser um dos principais polos de ocorrência de trabalho escravo moderno no Brasil. O tema se faz pertinente, uma vez que no Maranhão o trabalho em condições análogas à escravidão é praticado de forma reiterada, devendo ser observado o que motiva esse indicador. Para tanto, foi utilizada como método de pesquisa, a pesquisa bibliográfica. Finalmente, notou-se que a condição análoga à escravidão repercute em diversas searas do direito, a exemplo do âmbito penal, administrativo e trabalhista. Igualmente, observou-se que o alto índice de pessoas em situação análoga a escravidão no Maranhão muito se deve pela alta incidência de pobreza, alta ruralização e baixos índices de desenvolvimento humano. E que as principais formas de combate ao trabalho escravo no Estado baseiam-se em enfrentamento no campo jurídico, em suas diversas searas, e por ação estatal, no âmbito de estabelecimento de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; direitos laborais; escravidão moderna; Maranhão; análoga à escravidão.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the condition analogous to slavery from the perspective of human rights at work, dealing with the legal repercussions of the practice against the Brazilian legal-constitutional system from a humanist perspective, in addition to investigating the causes, implications and confrontation of work analogous to slave condition within the State of Maranhão, keeping as a research problem to examine the legal consequences arising from the occurrence of contemporary slave labor in the Brazilian constitutional-legal system and understand why Maranhão is one of the main centers of occurrence of modern slave labor in Brazil. The theme is pertinent, since in Maranhão work under conditions analogous to slavery is repeatedly practiced, and what motivates this indicator must be observed. Therefore, bibliographic research was used as a research method. Finally, it was noted that the condition analogous to slavery has repercussions in various fields of law, such as the criminal, administrative and labor spheres. Likewise, it was observed that the high rate of people in a situation similar to slavery in Maranhão is largely due to the high incidence of poverty, high ruralization and low levels of human development. And that the main forms of combating slave labor in the State are based on confrontation in the legal field, in its various fields, and by state action, within the scope of establishing public policies.

KEYWORDS: human rights; rights at work; modern slavery; Maranhão; analogous to slavery.

22 Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Currículo Acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/9412364794125016>. E-mail: edsegadilha10@outlook.com.

23 Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Currículo Acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/4923361137782536>. E-mail: carol_laynesilva@hotmail.com.

24 Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Currículo Acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/8450978281202697>. E-mail: diandra.alves1@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Diante da grande repercussão do trabalho análogo ao de escravo no Brasil e principalmente no Estado do Maranhão, visto como uma problemática de vultoso alcance, há a necessidade de um estudo aprofundado desta temática para que haja enriquecimento acadêmico e se valorize ainda mais o desenvolver científico sobre a questão, trazendo contribuições para disseminação desse objeto. Encontra-se justificado, portanto, o estudo dessa problemática.

O presente trabalho pretende analisar a contraposição entre a condição de trabalho análoga à escravidão e os direitos humanos do trabalho, debruçando-se sobre as repercussões jurídicas no ordenamento brasileiro sob a perspectiva humanista do trabalho, bem como compreender a situação do Estado do Maranhão, investigando os possíveis fatores que corroboram para a ocorrência da escravidão contemporânea no Estado, além de investigar os métodos utilizados para a inibição e combate à prática supramencionada.

Desse modo, o problema de pesquisa envolto neste trabalho constata-se na investigação das consequências jurídicas da condição análoga à escravidão frente à normativa existente no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e o entendimento do porquê dos altos índices desta prática no Maranhão.

Indubitavelmente, a narrativa construída perpassa pelo levantamento bibliográfico acerca da temática proposta a debate. Nesse sentido, a metodologia escolhida para a confecção do presente artigo é a bibliográfica, baseando-se no ordenamento jurídico pátrio, artigos e pesquisa de dados sobre a questão.

Destarte, para a estruturação do *locus* do problema, percebeu-se a viabilidade de apresentá-lo em seguimentos e subseguimentos, quais sejam: na primeira sessão aborda-se os direitos fundamentais laborais e as condições de trabalho análogas à escravidão, com suas noções iniciais e as consequências jurídicas da condição de trabalho análoga a escravidão para o empregador e trabalhador; seguindo-se da segunda sessão, adentrando ao foco pautado na ocorrência da escravidão contemporânea no Estado do Maranhão com análise das perspectivas estaduais frente a prática, tratando subsequentemente da condição de trabalho análogo à escravidão no Estado do Maranhão, e analisando também os mecanismos de combate no Estado para a contenda da prática e, ao final, faz-se breves considerações sobre os resultados encontrados.

2 A CONDIÇÃO DE TRABALHO ANÁLOGA À ESCRAVIDÃO E OS DIREITOS HUMANOS DO TRABALHO

Nas palavras de André de Carvalho Ramos (2020, p. 24) os direitos humanos podem ser definidos como o agrupamento de direitos que se constituem como imprescindíveis a uma existência digna, correspondendo a postulados fundamentais que normalmente inserem-se nas cartas políticas estatais ou tratados internacionais.

Nesse diapasão, o direito do trabalho corresponde a uma das facetas mais relevantes dos direitos humanos, sendo, inclusive, altamente importante do ponto de vista histórico-material de sua constituição e consolidação no panorama jurídico mundial (DELGADO, 2019, p. 95).

Tanto o é que em se referindo ao cenário internacional, a primeira grande organização de proteção dos direitos humanos criada foi a Organização Internacional do Trabalho – OIT, fundada pelas disposições do Tratado de Versalhes, termo final da Primeira Guerra Mundial, exercendo o supradito organismo papel fundamental na defesa de melhores condições laborais para os trabalhadores, funções essas de alta repercussões até os dias atuais (RAMOS, 2020, p. 36-37).

Desse modo, necessário se faz notar a importante correlação entre ambos, pois como assevera Martinez (2020, p. 82) uma das incumbências do direito do trabalho é justamente a chamada função tutelar, que guarda por escopo a proteção do mínimo existencial relacionado aos trabalhadores, com o fito de mitigar as desigualdades naturais presentes nas relações trabalhistas.

Frente a tais pontuações e, ciente de que um dos objetos dos direitos humanos é justamente o resguardo de uma existência com dignidade, observa Gonçalves e Lopes (2013 *apud* VILLATORE; FERRAZ; QUETES, 2019, p. 169) destacar-se o trabalho como um dos modos de consecução de uma vida digna, sendo tal fator responsável por elencar aquele como base da ordem social e fundamento da ordem econômica, de modo a ser o trabalho nas palavras de Villatore, Ferraz e Quetes (2019, p. 169) “o primeiro direito fundamental, que proporciona condições para um mínimo existencial”.

Por conta disso, tanto o direito internacional dos direitos humanos *latu sensu* quanto o ordenamento jurídico interno representado, principalmente, nos direitos laborais fundamentais, passam a ocupar importante papel no que diz respeito à limitação do poder

disponível ao empregador, que encontra limites esculpidos na legislação tomada por parâmetros firmados em atenção aos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (CALIL, 2010).

E não poderia o ser diferente, uma vez que, em observância a própria gênese do direito do trabalho como movimento jurídico, temos justamente, como consubstancia Segadas Vianna (1991 *apud* MARTINEZ, 2020, p. 70) o despertar de consciência dos trabalhadores de que suas vidas importavam e cabia ao Estado prover a proteção, pois o trabalho, em si próprio, acarretava consequências a longo prazo, já que o pagamento de baixos salários não era apto a exaurir os efeitos das relações trabalhistas industriais, que repercutiam na saúde e vida dos operários à época, sendo, por conseguinte, importante possuir um Estado disponente de mecanismos protetores a tais situações.

Desse modo, tendo os direitos humanos que, como destacado, se correlacionam de modo profundo com o direito do trabalho, ênfase em questões como o combate à opressão e concretização da dignidade do ser humano, pautas como a busca e acesso à justiça, igualdade e liberdade, um dos pontos mais nefastos de correlação negativa entre um e outro ramo é justamente a escravidão, sendo essa, inclusive, uma das primeiras preocupações de combate do direito internacional dos direitos humanos (RAMOS, 2020, p. 27-37).

Assim sendo, como bem destaca Delgado (2019, p. 363) a presença dos fatores vontade e liberdade são essenciais à configuração das relações empregatícias, servindo essas igualmente para elucidar a diferença entre aquelas e os trabalhos servis, fundados em práticas de escravidão que mostram-se incompatíveis com o direito do trabalho, e que preservam por características principais o afronte a garantias humanas fundamentais internacionalmente reconhecidas e consequências maléficas para a ordem social e jurídica, que pela sua alta prejudicialidade devem ser analisadas a fundo.

2.1 A escravidão contemporânea e as condições de trabalho análogas à escravidão: noções iniciais

Inicialmente, é mister conceituar o que é condição de trabalho análoga à escravidão. Conforme Martinez (2020, p. 147), o trabalho escravo é caracterizado como aquele em que o trabalhador é submetido a trabalho forçado, indecente e/ou degradante.

Cabe destacar que a adjetivação “escravo” é característica do tipo de trabalho a qual ao trabalhador é submetido, não ao trabalhador (Martinez, 2020, p. 147), uma vez que como

pessoa humana deve ter sua dignidade e seus direitos fundamentais respeitados, devendo ser referenciado como em condição de trabalho análogo a escravidão.

A OIT em sua 29ª Convenção, em seu art. 2º, conceituou o trabalho forçado como:

Art. 2 — 1. Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade. (grifos nossos).

Como demonstrado, não há como se confundir com o trabalho convencional, uma vez que envolve a exploração do trabalhador, o submetendo a situações degradantes e violentas para sua concretização.

Rebaixar alguém a condição análoga à escravidão se trata de crime previsto nos arts. 149 do Código Penal, porém esse não é a única possibilidade da consumação do crime, uma vez que os arts. 197, 203 e 207 também do Código Penal ilustram outras possibilidades, sendo crime de atentado contra a liberdade de trabalho, frustração de direito assegurado por lei trabalhista e aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, respectivamente.

Entretanto, não apenas na legislação ordinária são encontrados dispositivos de defesa ao trabalhador e contra a submissão a condição análoga à escravidão, a Constituição Federal também se preocupou em inibir e desestimular esse comportamento. Com a Emenda Constitucional nº 81 de 2014, foi inserida a exploração de trabalho escravo no art. 243 da carta política brasileira, o qual determina a expropriação da terra em que for flagrada tal ação e destinação desta para a reforma agrária e habitação popular, sem prejuízo a qualquer outra sanção que o explorador pode vir a sofrer.

No que tange a caracterização da exploração do trabalho escravo, por se tratar de delito com múltiplas ações, o Superior Tribunal de Justiça - STJ vem decidindo reiteradamente que bastando a demonstração de submissão a trabalhos forçados, a jornadas exaustivas ou a condições degradantes, o tipo penal é caracterizado. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CONDENAÇÃO EM 1º GRAU. AFASTAMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM PORQUE NÃO CONFIGURADA RESTRIÇÃO À LIBERDADE DOS TRABALHADORES OU RETENÇÃO POR VIGILÂNCIA OU MEDIANTE APOSSAMENTO DE DOCUMENTOS PESSOAIS. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA E CONTEÚDO VARIADO. SUBMISSÃO A CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTES. DELITO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO RESTABELECIDADA. RECURSO PROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o **delito de submissão à condição análoga à de escravo se configura independentemente de restrição à liberdade dos trabalhadores ou retenção no local de trabalho por vigilância ou apossamento de seus documentos, como crime de ação múltipla e conteúdo variado, bastando, a teor do art. 149 do CP, a demonstração de submissão a trabalhos forçados, a jornadas exaustivas ou a condições degradantes.** Precedentes. (grifos nossos)
2. Devidamente fundamentada a condenação pela prática do referido delito em razão das condições degradantes de trabalho e de habitação a que as vítimas eram submetidas, consubstanciadas no não fornecimento de água potável, no não oferecimento, aos trabalhadores, de serviços de privada por meio de fossas adequadas ou outro processo similar, de habitação adequada, sendo-lhes fornecido alojamento em barracos cobertos de palha e lona, sustentados por frágeis caibros de madeira branca, no meio da mata, sem qualquer proteção lateral, com exposição a riscos, não há falar em absolvição.
3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença condenatória, determinando que o Tribunal de origem prossiga no exame do recurso de apelação defensivo. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.843.150 - PA (2019/0306530-1))

Como foi possível observar, o STJ decidiu pela caracterização do crime do art. 149 do Código Penal mesmo sem a restrição à liberdade dos trabalhadores ou retenção no local de trabalho por parte do empregador, pois, reiterando, é crime de ação múltipla, bastando ser observado ações como submissão a trabalhos forçados, jornadas exaustivas, dentre outros, para o enquadramento.

2.2 Consequências jurídicas da condição de trabalho análoga à escravidão para o empregador e trabalhador

Aquele que for encontrado submetendo um trabalhador a condição análoga à escravidão, seja por a trabalho forçado, indecente e/ou degradante, sofre sanções nas mais diversas esferas.

No que corresponde à esfera penal, o Código Penal prevê em seus artigos 149, 197, 203 e 207 a tipificação da prática. Tal diversidade se deve por se tratar de crime contra a liberdade pessoal e contra a organização do trabalho. O art. 149 do diploma normativo supra é dispositivo que diretamente trata da redução a condição análoga à de escravo, também menciona as mais diversas possibilidades de acontecimentos do fato típico:

Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Algo a ser considerado é que a pena incorrida para o delito é de 2 a 8 anos de reclusão e multa, de modo a não prejudicar eventual pena pela violência que possa ter vindo a

acontecer, isto é, o crime de redução a condição análoga à de escravo não se trata de crime-fim que absorve os outros tipos penais relativos à violência contra a pessoa. Entretanto, apenas a ação penal não tem sido suficiente para inibir, sendo necessário outros artifícios para evitar a perpetração desse comportamento odioso, como assevera Martinez (2020, p. 149).

Para além das consequências tuteladas pelo direito penal, a condição de trabalho análoga à escravidão repercute também em outras searas jurídicas, como é o caso do âmbito administrativo, trabalhista e tributário.

Nesse sentido, menciona Martinez (2020, p. 150) ser o trabalho escravo uma temática que gera verdadeira abominação por parte da sociedade e obstáculo natural ao Estado Democrático de Direito, de modo que outra não poderia ter sido a posição adotada pelo Congresso Nacional quando da edição da Emenda Constitucional de nº 81 que, alterando o art. 243 da Constituição da República, legalizou o confisco de propriedades utilizadas na exploração do trabalho escravo, destinando-as à reforma agrária e programas de habitação popular, sem qualquer indenização.

Frente a isso, imperioso se faz notar que como bem assevera Celso Spitzcovisky (2019, p. 905-906) o confisco, modalidade de intervenção estatal na propriedade que implica na transferência dessa, é proibido pela própria Constituição, como regra, não bastando desse modo a ocorrência de mera ilegalidade para a sua configuração, só podendo ter lugar em hipóteses excepcionais autorizadas pelo próprio texto constitucional, como é o caso da expropriação por prática de trabalho escravo, que além de implicar na transferência da propriedade, retira do proprietário qualquer direito a indenização.

No entanto, a expropriação das terras utilizadas não exaure as consequências da prática no âmbito administrativo. Nesse diapasão, assevera Cairo Jr:

Como resultado das fiscalizações realizadas pelos órgãos competentes, o empregador pode sofrer as seguintes consequências na órbita administrativa: a) ter seu nome incluído no Cadastro nacional de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo; b) imposição de restrição para obter crédito agrícola; e c) pagamento das multas de natureza administrativa. A Portaria do MTE nº 540/04 assegura que a inclusão do nome do infrator no referido cadastro somente ocorrerá após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos àquelas condições (2017, p. 214).

Na seara trabalhista, a submissão do trabalhador à condição análoga à escravidão também gera efeitos jurídicos. Nesse sentido, menciona Martinez (2020, p. 213) ser a repercussão precípua do trabalho escravo no direito do trabalho o reconhecimento do vínculo

em todas as suas cláusulas e deveres legais, o que engloba tanto as obrigações monetárias quanto às obrigações de fazer trabalhistas, como o caso do registro devido do trabalhador e o recolhimento dos encargos tributários.

Outra não poderia ser a posição, uma vez que como aponta Romar (2018, p. 71) um dos princípios do direito do trabalho é justamente a primazia da realidade que, inspirado na ideia de proteção do trabalhador, dispõe que em eventual contradição ocorrida entre aspectos documentais e a efetiva situação ao qual o trabalhador se submete, deve essa última prevalecer, mesmo que formalmente se tenha situação diversa, algo que, transportado para a problemática das condições de trabalho análogas à escravidão serve para explicar os efeitos trabalhistas delas decorrentes.

Ainda tratando-se do âmbito do direito do trabalho, as condições de trabalho análogas à escravidão igualmente repercutem na possibilidade de ressarcimento por danos morais. Nesse sentido, Bezerra Leite (2019, p. 83) aduz que essa temática não era inédita na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, uma vez que o diploma normativo trazia várias hipóteses nas quais é cabível a indenização por danos morais, citando como exemplo, dentre outros, o descumprimento antecipado do contrato de trabalho a termo que, ocorrendo, enseja a reparação.

No entanto, como menciona Veloso (p. 08) a violação das normas trabalhistas fere não apenas o indivíduo diretamente abarcado pela conduta que tem o direito a sua dignidade, mas igualmente se contrapõe à ordem pública que rejeita quaisquer práticas análogas à escravidão ao qual se submete o trabalhador.

Desse modo, é cabível o dano moral coletivo quando for aferível violação aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos firmados da relação trabalhista, tendo, pois, a ação coletiva decorrente tendo como propósito servir de mecanismo protetivo da ordem social e da dignidade laboral (LEITE, 2019, p. 102-103).

3 A OCORRÊNCIA DE CASOS DE TRABALHO ANÁLOGO À ESCRAVIDÃO NO ESTADO DO MARANHÃO: análise das perspectivas estaduais frente a prática

O Brasil como colônia de exploração possui grande ênfase no contexto do trabalho escravista, sendo a vinda de navios negreiros questão de grande impacto para a formação econômico-social do país. Diante disso, observa-se que a escravidão se deflagrou no Brasil primeiramente com a chegada dos portugueses e a pretensão de utilizar mão-de-obra barata,

assim, inicialmente, com a análise realizada por Feitosa (2014, p. 3), a exploração esteve voltada para os colonizados, ou seja, para os povos indígenas; posteriormente, a exploração se voltou para os povos trazidos por embarcações do continente africano, como já referido, nos navios negreiros, configurando como uma prática extremamente rentável e que por isso mesmo perdurou por séculos.

No Estado do Maranhão essa questão não se afasta do contexto nacional, inclusive é discussão que se perpetuou não apenas no estado quanto colônia, mas nele como monarquia e república, tomando conta da atualidade e ferindo direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Destarte, torna-se importante aprofundar o estudo em razão da temática da ocorrência de casos de trabalho análogo à escravidão no Maranhão, ou seja, da escravidão contemporânea e o porquê de uma prática tão arcaica ainda se tornar tão presente na sociedade maranhense, fato que será adentrado adiante.

3.1 A condição de trabalho análogo à escravidão no Estado do Maranhão

Como outrora aduzido, o Estado do Maranhão não foge do contexto escravista em que se insere o Brasil, pelo contrário, é possível observar o grande teor de suas práticas, que deixaram seus reflexos se perpetuarem na sociedade de tal maneira que o Ministério Público do Trabalho no ano de 2020 indicou que o Maranhão continua sendo o maior fornecedor de mão de obra escrava do Brasil (G1MA, 2020).

No contexto histórico brasileiro, a escravidão deveria ter materialmente se exaurido a partir da promulgação da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, pela Princesa Isabel, que em tese acabaria com essa modalidade de degradação do ser humano, ou seja, o escravo deixaria de ser propriedade dos donos de engenho e passaria a ser empregado e, ainda, a ter liberdade no seu direito de ir e vir garantido, algo que ocorreu tão somente no âmbito jurídico formal, haja vista que apenas mudou seu *modus operandi*, ao se indicar que continuou havendo a subordinação do negro e de todos os camponeses sem muita expectativa, coligada à imensa área do país e à má aplicação das leis trabalhistas, incorporando-se o surgimento do trabalho escravo contemporâneo (FEITOSA, 2014).

Nessa perspectiva, as primeiras denúncias de escravidão contemporânea ocorreram, de acordo com Sutton (1994, p. 7), “em 1972, numa carta pastoral, denominada de ‘Uma igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio’, escrita por Dom Pedro Casaldáliga, bispo da paróquia de São Félix do Araguaia”, na referida carta foi abordado com destaque a prática

de trabalho escravo e a existência de trabalhadores sem terra no norte do país. Observa-se também, que tais denúncias coincidiram com um período de crescimento econômico e com a expansão da fronteira agrícola sul entre os Estados do Mato Grosso e Pará (FEITOSA, 2014).

A escravidão contemporânea se encontra atrelada as seguintes atividades econômicas: companhias siderúrgicas, carvoarias, mineradoras, madeireiras, usinas de álcool e açúcar, destilarias, empresas de colonização, garimpos, fazendas, empresas de reflorestamento/celulose, agropecuárias, empresas relacionadas à produção de estanho, empresas de citros, olarias, cultura de café, produtoras de sementes de capim e seringais (GIRARDI; MELLO-THÉRY; THÉRY; HATO, 2014), tendo se arraigado na ideia de enganção, em que aos trabalhadores são feitas propostas de trabalho e quando chegam ao local previsto passam a ser forçados a longas jornadas de serviços, além de não receberem por vezes seus salários, tendo que arcar com os equipamentos de proteção necessários para a elaboração do trabalho e, ainda, comprar alimentos somente do galpão de produtos existentes na fazenda, onde os preços tornam-se exorbitantes, gerando, pois, a servidão por dívida. Sobre essa questão, retrata Abreu e Zimmermann:

(...) a forma mais comum de escravidão é a dívida. Inicia-se no processo de aliciamento, em que o trabalhador deve o transporte. No local de trabalho terá que comprar alimentação, ferramentas etc., tudo no estabelecimento do empregador, a preços superfaturados, resultando no endividamento do trabalhador, que nunca recebe o salário (...) (ABREU; ZIMMERMANN, 2003, p. 38).

Em razão desse tipo de escravidão, constata-se que assim como a maioria dos Estados pertencentes à Amazônia Legal, o Maranhão acabou por fazer parte da rota do trabalho escravo, quer pela proximidade da Região Amazônica, quer pelo alto índice de pobreza existente, surgindo primeiramente o tipo de trabalho análogo ao de escravo supramencionado, em virtude da migração sazonal de famílias camponesas, em especial, os mais jovens como os filhos, para trabalhar em grandes projetos de agropecuária implantados em fazendas da região sul do Estado, cuja necessidade de mão de obra era intensa (FEITOSA, 2014).

Sobre essa questão, cabe salientar o entendimento de Alfredo Mourão (1975, p. 40-41):

(...) De alguns municípios da Baixada Maranhense, então, têm saído camponeses para trabalhar como assalariados nos desmatamentos dos projetos agropecuários da região de Buriticupu, Pinheiro, Guimarães e Bequimão. Foram áreas alcançadas por empreiteiros, que se encarregam de recrutamento ilegal e transporte de mão de obra

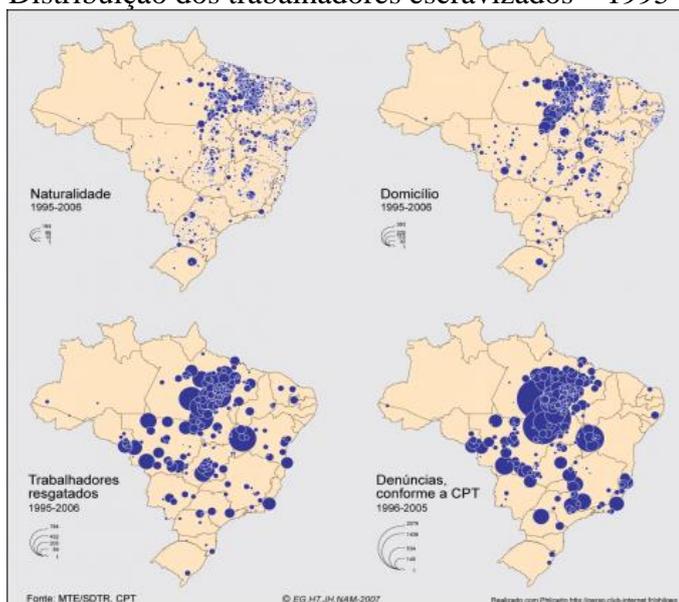
para as grandes empresas rurais. A trajetória predominante dos camponeses que migram, porém, tem sido rumo ao Estado do Pará, pela BR 316 (Rodovia Pedro Teixeira, Pará-Maranhão). Há os que se dirigem para as pensões e hotéis de Zé Doca, Santa Inês e Gurupi, onde existe um recrutamento contínuo desde os anos de 1968/1969 de trabalhadores rurais para o Pará. Os trabalhadores de desmatamento nos projetos agropecuários do rio Acará, Pa – 70, absorvem tais contingentes de mão de obra. Um dos principais absorvedores é o projeto Jari Florestal, na região fronteira do Estado do Pará com o território do Amapá, junto ao rio do mesmo nome. Os encarregados diretos destes recrutamentos são denominados Gatos, que contam com a “sociedade” dos donos de hotéis e de outros recrutadores menores. São eles que se encarregam do transporte destes camponeses e da distribuição deles pelos projetos, segundo contratos firmados com os grandes empresários ou seus gerentes, que só mantêm com estes trabalhadores vínculos indiretos (...)

Destarte, percebe-se que o fluxo dos trabalhadores que se submetem a essa condição se concentra nos interiores do Estado, o que não quer dizer que em São Luís, como capital, esse tipo de trabalho não exista (LIMA; ARAÚJO; PAIVA; SILVA; COSTA, 2019). Ademais, como mencionado anteriormente, o Maranhão não apenas possui um grande fluxo de trabalhadores em condições análogas às de escravos, mas também é uma grande fonte deste para os demais estados do país (G1MA).

Essa afirmação é contemplada pelos órgãos que realizam a coleta de dados sobre essa questão, sendo que esta foi impulsionada pela Comissão Pastoral da Terra – CTP, pois desde a década de 1980 registra-se as denúncias de trabalho escravo, ignoradas pelo Estado até 1995, quando o à época Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, atualmente Ministério do Trabalho e Previdência Social – MTPS, passou a inspecionar os casos denunciados. Outrossim, em 1995 o MTE criou o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, que é ligado ao Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado – GETRAF e à Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT, ambos do MTE, sendo que o Grupo Móvel, com o auxílio da Polícia Federal, realiza inspeções em locais onde há denúncia de trabalho escravo, ou seja, este órgão atua como forma de fiscalizar e reprimir o trabalho análogo ao de escravo (GIRARDI; MELLO-THÉRY; THÉRY; HATO, 2014).

Dessa coleta de dados, tem-se o mapa a seguir:

Figura 1: Prancha - Distribuição dos trabalhadores escravizados – 1995-2006



Fonte: MTE/SDTR, CPT apud GIRARDI; MELLO-THÉRY; THÉRY; HATO, 2014, p. 21.

Mediante essas informações, nota-se que os Estados que mais possuem pessoas que trabalham nessa condição são das regiões Norte e Nordeste do país, com ênfase para o Maranhão, e isso é fator comum devido ao fato da pobreza e precariedade de educação encontrado nesses estados, podendo se constatar as baixas pontuações no Índice de Desenvolvimento Humano – IDH (GIRARDI; MELLO-THÉRY; THÉRY; HATO, 2014). Sendo que no Maranhão o IDH de 2013 foi de 0,639; estando praticamente empatado com Alagoas (0,631), que ocupa a última posição no índice geral (MAIS IDH, Governo do Maranhão).

Por conseguinte, têm-se que a pobreza é um dos principais fatores para a aferição desse tipo de trabalho no Maranhão (MARANHÃO, 2012), passar-se-á agora a observar os mecanismos de combate no Estado para a contenda à prática de trabalho análogo à escravidão.

3.2 Os mecanismos de combate no Estado para a contenda à prática de trabalho análogo à escravidão

Perante a fundamentação jurídica, adentra-se na normativa constitucional que aduz pelas garantias dos direitos fundamentais dos indivíduos e aufere as punições acerca do trabalho em condições análogas à de escravo, encontrando-se no artigo 5º, inciso XLVII, alínea C da Constituição Federal a proibição de trabalhos forçados para os brasileiros e

estrangeiros residentes em território nacional, uma vez que viola direitos individuais como a liberdade e a vida.

Ademais, no artigo 243 da Constituição da República, adentra-se na legitimidade estatal conferida para punir os empregadores que mantêm trabalho em condições análogas à de escravo; a punição se dá em forma de expropriação de suas propriedades, sejam elas rurais ou urbanas, que serão destinadas à reforma agrária e à programas de habitação popular.

Outrossim, no Código Penal brasileiro o crime referente a esse trabalho está expresso no artigo 149 e no que se refere ao Maranhão, em que a servidão por dívida é uma realidade, ela encontra-se tipificada no art. 149-A, II, por ser um tipo de trabalho em condição análoga à de escravo, mas especificamente no inciso III, por englobar não só a servidão por dívida, mas todas as existentes.

Nessa perspectiva, aduz-se que uma das formas de combate que possuem o condão de interferir no trabalho análogo ao de escravo no Estado do Maranhão se encontra na normativa jurídica, seja na Constituição e Código Penal, em âmbito nacional, ou ainda, na atribuição da OIT, que por intermédio da Convenção nº 29 atende a demandas sobre a discussão acerca do trabalho em condições análogas à de escravo e traz um texto que contempla, por exemplo, a conceituação e combate a esta prática (HADDAD, 2018), observando-se também a presença do Brasil na Corte Interamericana dos Direitos Humanos que tratam dessa questão, adentrando em uma questão de combate internacional com interferência nacional e regional.

Mediante o apanhado, nota-se que foram contempladas as perspectivas jurídicas do tema, faltando adentrar na análise das políticas públicas e mecanismos internos do Estado do Maranhão. Assim, dentre eles encontra-se o II Plano Estadual para Erradicação do Trabalho Escravo do Maranhão feito pela Comissão Estadual para Erradicação do Trabalho Escravo no Maranhão – COETRAE/MA.

A perspectiva do combate ao trabalho escravo encontra-se na tríade Prevenção, Mobilização e Reinserção Social, em que primeiramente visa-se educar os cidadãos para que saibam identificar as propostas de trabalho que se enquadram na categoria em debate, de maneira que não venham a ser persuadidas. Já a mobilização faz parte do resgate das pessoas que encontram-se nesse tipo de trabalho e por fim, a reinserção cuida de inserir os trabalhadores, encarregando-se para que não voltem a situação análoga à de escravo, visto a carência e desempregado observada (LIMA; ARAÚJO; PAIVA; SILVA; COSTA, 2019).

Além da (COETRAE), instituída no Maranhão em 2007 pelo Decreto 22.996 e por Lei em 2012, destaca-se também no combate ao embate tratado, a Comissão Pastoral da Terra e o Centro de Defesa da Vida e dos Direitos Humanos Carmem Bascarán localizado no município de Açailândia – MA, difundem alguns projetos voltados para o público que já sofreu com este tipo de trabalho.

Ademais, têm-se a perspectiva de que a partir de diagnósticos do MPT e da OIT, de que o Maranhão é um dos maiores exportadores de mão de obra para fins de trabalhos em condições análogas à escravidão, o Governador do Estado Flávio Dino sancionou o Decreto nº 34.569 de novembro de 2018 que instituiu o Programa Estadual de Enfrentamento ao Trabalho em Condições Análogas à de Escravo cujo objetivo é definir a trajetória adotada a partir da tríade – Prevenção, Mobilização e Reinserção Social (MARANHÃO, 2018).

Destarte, entende-se que no Maranhão já existem meios para o combate ao trabalho análogo ao de escravo, entretanto, muito ainda se tem a caminhar sobre este contexto, principalmente devido a pobreza e o baixo IDH apresentado pelo estado, que fazem com que se torne tarefa mais árdua a aplicação dos mecanismos mencionados com a referente efetividade esperada, principalmente em razão da grande onerosidade que possui o resgate de pessoas nesta situação de trabalho.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desse modo, à guisa de conclusão, faz-se possível observar que os direitos humanos e o direito do trabalho interligam-se em diversos pontos de correlação, desempenhando ambos papéis imprescindíveis para a preservação da dignidade da pessoa humana e dos direitos do trabalhador, sendo, justamente por essa razão, a constatação de que a ocorrência de práticas de trabalho em condições análogas à escravidão viola a ordem pública e o sistema jurídico vigente em inúmeros níveis.

Nesse diapasão, conceituou-se o trabalho escravo como aquele apto a submeter o trabalhador a condição forçada, indecente ou degradante, suscitando conceitos esculpidos nos diplomas normativos internacionais que tratam acerca do tema. Para além, mostrou-se que a prática de trabalho escravo, no âmbito penal, pode ser desencadeada por diversas condutas, bastando tão somente uma para a consumação do tipo penal, conforme construção jurisprudencial interpretativa dos Tribunais Superiores.

Assim sendo, em vista de ser o trabalho em condição análoga à escravidão adverso à ordem pública, dissertou-se acerca das consequências penais advindas da prática, concluindo-se que, no entanto, ainda que gravosas, as implicações penais não são suficientes para a extinção da conduta.

Dessa forma, passou-se ao aprofundamento das demais consequências jurídicas do trabalho escravo, analisando as repercussões administrativas que estendem-se desde a limitação do direito à propriedade, com a expropriação das terras utilizadas para tais fins, até a aplicação de multas e restrições creditícias ao sujeito ativo do fato.

Ademais, do ponto de vista jurídico-trabalhista, chegou-se à conclusão de que o trabalho escravo, frente ao princípio da primazia da realidade, resulta para o empregado o reconhecimento de todos os seus direitos trabalhistas suprimidos pela ocorrência e, para o empregador, a contra sensu, todas as incumbências legais advindas do vínculo trabalhista, inclusive as de caráter tributário. De igual modo, atingiu-se o entendimento de que a ocorrência de trabalho análogo à escravidão é hipótese apta a gerar danos morais, tanto a título individual, para o trabalhador diretamente prejudicado, quanto a título coletivo, haja vista constituir violação da ordem pública atentado a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos advindos da seara trabalhista.

Face a isso, passou-se a segunda parte da pesquisa, tratando-se agora da perspectiva do trabalho em condições análogas à escravidão no Estado do Maranhão, iniciando-se com breve desenvolver histórica do trabalho escravo em âmbito nacional e estadual, apontado-se que a correção histórica reverbera até os dias atuais, no qual o estado ocupa a posição de maior fornecedor de mão de obra escrava no país.

Mediante tal constatação, analisou-se o período de transição entre a escravidão formal para a escravidão contemporânea, rechaçada pela ordem jurídica, notando-se que, entretanto, mesmo com a proibição normativa, práticas degradantes continuavam a ser impostas às castas mais vulneráveis da sociedade, sobretudo no espaço rural, pelo qual concluiu-se estar atrelado a tais ocorrências. Desse modo, sustentou-se que o Maranhão, pela alta incidência de pobreza, bem como diante da alta ruralização e baixos índices de desenvolvimento humano, apresentou condições favoráveis para o do trabalho escravo contemporâneo.

Por fim, constatou-se que as principais formas de combate ao trabalho escravo no Estado do Maranhão fundam-se, em destaque, no âmbito constitucional-penal e dos direito

internacional dos direitos humanos, tendo por perspectiva o enfrentamento em diversas áreas e desenvolvido por diversas entidades, além da própria ação estatal, que estabeleceu diversas políticas públicas com o fito de corrigir o problema, notando-se, todavia, dificuldades de efetividade dos mecanismos supracitados face a condições favoráveis para o desenvolvimento do trabalho escravo contemporâneo.

REFERÊNCIAS

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMAN, Deyse Jacqueline. Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro: abordagem sócio-jurídica. **Revista Semestral Synthesis – Direito do Trabalho Material e Processual**, São Paulo, n. 38, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.843.150 - PA (2019/0306530-1)**. Relator: Ministro Nefi Cordeiro, 26 de maio de 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1946514&num_registro=201903065301&data=20200602&formato=PDF. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

CALIL, Léa Elisa Silingowschi. Direitos Humanos do trabalho: a proteção legal aos direitos fundamentais dos trabalhadores. **Âmbito Jurídico**, [S.l.], 2010. Disponível em: <https://blog.fastformat.co/como-fazer-citacao-de-artigos-online-e-sites-da-internet/>. Acesso em: 14. out. 2021.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. Salvador: JusPodivim, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei de reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FEITOSA, Márcia Cruz. Trabalho escravo no Maranhão: a atuação do Ministério Público do Trabalho na sua erradicação. **Cadernos UNDB**, São Luís, v. 4, jan./dez. 2014. Disponível em: http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/13_-_trabalho_escravo_no_maranhao.pdf. Acesso em: 8. out. 2021.

G1MA. **MPT aponta que o Maranhão continua sendo o maior fornecedor de mão de obra escrava do Brasil**. Disponível em:

<https://g1.globo.com/ma/maranhao/noticia/2020/07/30/mpt-aponta-que-o-maranhao-continua-sendo-o-maior-fornecedor-de-mao-de-obra-escrava-do-brasil.ghtml>. Acesso em: 15.out.2021.

GIRARDI, Eduardo Paulon; MELLO-THÉRY, Neli Aparecida de; THÉRY, Hervé; HATO, Julio. Mapeamento do trabalho escravo contemporâneo no Brasil: dinâmicas recentes, **Espaço e Economia [Online]**, N. 4, 11 set. 2014. Disponível em: <https://journals.openedition.org/espacoeconomia/804>. Acesso em: 15.out.2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LIMA, Elen Carla Barros; ARAÚJO, Hélio Henrique Neves; PAIVA, Juliana Gomes de; SILVA, Pedro Paulo Paiva; COSTA, Wanessa Cristina Lindoso. **O trabalho em de escravo no Maranhão: um estudo acerca da tríade – prevenção, mobilização e reinserção**. IX Jornada Internacional de Políticas Públicas. 2019. Disponível em: [1208.pdf \(ufma.br\)](#). Acesso em: 15. out. 2021.

MARANHÃO. Histórico- MAIS IDH. Disponível em: <http://www.maisidh.ma.gov.br/o-plano/contextualizacao/>. Acesso em: 15.out. 2021.

MARANHÃO. **II Plano Estadual para Erradicação do Trabalho Escravo no Maranhão**. 2012. Disponível em: <https://coetraes.reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/08/Plano-Estadual-MA.pdf>. Acesso em: 15. out. 2021.

MARANHÃO. **Programa Estadual de Enfrentamento ao Trabalho em Condições análogas à de Escravo (2018-2023)**. 2018. Disponível em: [https://www.dinamicasistemas.com.br/upload/files/document\(238\).pdf](https://www.dinamicasistemas.com.br/upload/files/document(238).pdf). Acesso em: 15. out. 2021.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOURÃO, Alfredo Wagner Berno de Almeida. **Questões agrárias no Maranhão contemporâneo**. São Luís: UFMA, 1975.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUTTON, Alison. **Trabalho escravo: um elo de modernização no Brasil de hoje**. São Paulo: Editora Loyola, 1994.

VELOSO, Carla Sendon Ameijeiras et al.. Trabalho escravo contemporâneo: ação civil pública a luz do ministério público do trabalho. *In: Anais CONIDIF...* Campina Grande: Realize Editora, 2017. Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/index.php/artigo/visualizar/30958>. Acesso em: 19 out. 2021.

VILLATORE, Marco Antônio César ; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik; QUETES, Regeane Bransin. Direito ao trabalho como elemento do mínimo existencial e a proteção em face ao retrocesso social. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**. Fortaleza, v. 39, n. 2, p. 163-195, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/31462>. Acesso em: 14. out. 2021.

CAPÍTULO 5

ANÁLISE DA DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FACULTATIVA SOBRE A ÓPTICA DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017

Alexandre Bezerra Praseres²⁵
 Jaqueline Alves da Silva Demetrio²⁶
 Lúcio Menezes Vale²⁷

RESUMO: O exame realizado tem como finalidade análise da decisão do STF na ADI 5.794 que reconheceu a constitucionalidade da extinção da obrigação de cobrança compulsória da contribuição sindical a partir da Lei 13.467, de 2017, que sancionou a reforma trabalhista brasileira, sopesando os princípios da liberdade sindical e da autonomia do empregado em face da modernidade das relações de trabalho numa globalização que elevou o dinamismo econômico a níveis que exigem maior responsabilidade individual do empregado e empregador, num patamar de respeito aos direitos sociais dos trabalhadores. Como objetos de estudo complementares, será realizada discussão das normas que defendem no ordenamento jurídico a liberdade sindical, criminalizando condutas que fragilizam a organização do trabalho e da eficácia das normas laborais; assim como as razões da mudança legislativa sobre este aspecto na reforma trabalhista, além do disposto na Consolidação das Leis do Trabalho acerca da contribuição sindical e suas modalidades legais. Em relação aos métodos aplicados na pesquisa, utilizou-se numa perspectiva de revisão bibliográfica de diplomas nacionais e jurisprudências contemporâneas, o método indutivo. Assim conclui-se por ora que a contribuição sindical não obrigatória representa a evolução do Direito do Trabalho em se desvencilhar de ranços jurídicos autoritários do Estado Novo, e passar a aceitar que o dinamismo econômico exige maior liberdade do empregado e maior atuação sindical como organização trabalhista.

Palavras-chave: STF, liberdade sindical, contribuição sindical, constitucionalidade e reforma trabalhista.

ABSTRACT: The examination carried out is based on the analysis of the STF's decision in ADI 5,794 that recognized the constitutionality of the extinction of the compulsory collection of union dues under Law 13.467 of 2017, which sanctioned the Brazilian labor reform, weighing the principles of freedom union and the autonomy of what is permitted in the face of the modernity of labor relations in a globalization that has raised economic dynamism to levels that seek greater individual responsibility of the job and employer, at a level of respect for the social rights of workers. As objects of complementary study, a discussion of the norms that defend union freedom in the legal order will be held, criminalizing conducts that weaken the organization of work and the continuity of labor norms; as well as the reasons for the legislative change on this aspect in the labor reform, in addition to the provisions in the Consolidation of Labor Laws on union contribution and its legal modalities. In relation to the methods of communication in the research, the inductive method was used in a bibliographical review perspective of national diplomas and contemporary jurisprudence. Thus, it is concluded for now that the non-mandatory union contribution represents the evolution of Labor Law in getting rid of the authoritarian legal slurs of the Estado Novo, and coming to accept that economic dynamism requires greater employee freedom and greater union activity as a labor organization.

25 Graduando em Direito na Universidade Estadual do Maranhão, membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade – Telefone celular (98) 98447-5242. E-mail: alexandre2020praseres@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7959828211135276>

26 Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

27 Graduando em Direito na Universidade Estadual do Maranhão, membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade – Telefone celular (98) 98200-2251. E-mail: luciomeneses27@gmail.com. Lattes 9512362891310365

Keywords: STF, union freedom, union contribution, constitutionality and labor reform.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional do Brasil reconhece as organizações sindicais, conforme os princípios constitucionais de 1988, como um sistema confederativo de autonomia relativa perante o Estado, definido a representação por categoria e profissão; a organização sindical está fundada na concepção coletiva da liberdade sindical — estabelecida no art. 8º da carta magna que define a livre associação profissional ou sindical — o que significa, conforme Amauri Mascaro Nascimento²⁸, o reconhecimento por parte do estado aliado a independência funcional e autonomia efetiva na atuação jurisdicional dos interesses e direitos dos membros do sindicato. Parte necessária de garantia funcional aos sindicatos é a autonomia financeira que advém de diversas fontes, mas que tem nas contribuições sindicais, os maiores valores de arrecadação, para os mais de 15 mil sindicatos atualmente ativos no país²⁹.

A razão principal era que a contribuição sindical se cobrava de todos os trabalhadores com carteira assinada, de forma indiscriminada, sem consulta prévia ou autorização do empregado, na forma da lei era obrigação do desconto do chamado “imposto sindical obrigatório”, como dever do empregador, prescrito no art. 545 e 582 da CLT, desde que notificado pelo sindicato; assim os contribuintes sindicais (mesmo não sindicalizados) era obrigada a pagar um dia de trabalho por ano de seu salário à entidade sindical. Mas com o advento da redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017³⁰, a Consolidação das Leis do Trabalho, estes mesmos artigos passaram a colocar como condição do recolhimento deste tributo, a autorização expressa e prévia dos empregados, sendo assim o consentimento uma formalidade antes dispensada, agora fundamental.

Diante desta alteração profunda que afeta diretamente o financeiro dos sindicatos, foram ingressados na suprema corte diversas ações de controle de constitucionalidade frente a argumentos majoritários de afronta a liberdade sindical, a organização destas instituições, de explícita intervenção inconstitucional nos direitos sociais trabalhistas. Cabendo a Ação Direta

28 FERRARI; Irany. NASCIMENTO; Amauri Mascaro. FILHO; Ives Gandra da Silva Martins. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2011.

29IBGE. Número de sindicatos no país. Disponível em:

<<https://www.ibge.gov.br/estatisticasnovoportais/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica/9092-sindicatos-indicador-sociais.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

30 BRASIL, LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), -a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho- Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 11 jun. 2021.

de Inconstitucionalidade 5.794³¹, se tornar a ação que a corte se debruçou para analisar questão de sensível temática constitucional, não sendo questionado a contribuição sindical no ordenamento constitucional, mas sim a constitucional da recente alteração legislativa, referente à denominada facultatividade do pagamento da contribuição sindical que a Lei 13.467/2017, o qual deu nova redação aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT³². Nesse sentido, o presente artigo tem a intenção de analisar a tese vencedora acatada pelo STF quanto à constitucionalidade da extinção da obrigação de cobrança compulsória da contribuição sindical.

Para o mérito, será focado na construção legislativa que levou a reforma trabalhista destes artigos, e o desenvolvimento do julgamento no Supremo da questão e os fundamentos do acórdão que considerou as ações diretas de inconstitucionalidade improcedentes e a ação declaratória de constitucionalidade procedente. Como complementar no estudo com pertinência temática, a legislação penal e as condutas criminalizadas no sentido de proteger a organização do trabalho sindical e operário ou a não observância de normas trabalhistas; além de exame das modalidades de contribuições arrecadadas pelos sindicatos.

Utilizou-se nesta pesquisa de caráter dogmático, a revisão bibliográfica, através de doutrinas e jurisprudências nacionais, em leis, obras jurídicas e arquivos jornalísticos sobre o assunto. A abordagem é indutiva, pois por meio de um objeto particular – que é o acórdão da ADI 5.794, -, analisamos o fenômeno e definimos a questão mais ampla do conteúdo que é a constitucionalidade em relação a não obrigatoriedade de pagamento da contribuição sindical no âmbito do direito laboral brasileiro.

2 O CÓDIGO PENAL E A DEFESA DA LIBERDADE SINDICAL

Conforme o jurista Damásio de Jesus, o Código Penal protege a organização do trabalho, portanto a autonomia do trabalhador e da liberdade sindical desde a década de 1940, definindo os crimes contra a organização do trabalho, no seu título IV, no capítulo dos crimes

31 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reforma trabalhista. Facultatividade da contribuição sindical. Constitucionalidade de ações Diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (PLENÁRIO 29/06/2018 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.794, DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. EDSON FACHIN REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

32 BRASIL, LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), -a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho- Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 11 jun. 2021.

de concorrência desleal. A razão é a defesa da liberdade de trabalho em face de fraudes ou violência, tendo a dignidade humana do trabalhador e o interesse coletivo econômico como bens jurídicos tutelados.

Perante um dogma constitucional que reconhece o valor social do trabalho como fundamento da república e define os direitos sociais dos trabalhadores com o objetivo de valorizar o trabalho como fonte de renda e dignidade humana, estabelece para Damásio, um conjunto de “vigas-mestras” responsável por estabelecer um novo Direito do Trabalho, estabelecendo direitos subjetivos laborais como: o direito à greve; o direito à sindicalização e à associação; o direito à estabilidade; a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual ou entre profissionais respectivos.

Sendo bens jurídicos reconhecidos pela sociedade como essenciais no desenvolvimento humano, descreve Cezar Roberto Bitencourt que a liberdade de trabalho, é a liberdade individual de caráter social de escolher a profissão que o indivíduo deseja exercer, ou ainda de abrir ou fechar seu próprio empreendimento de trabalho, considerando essencial pra caracterizar crime contra a organização do trabalho quando

Coube ao Código Penal³³ proteger a autodeterminação do trabalhador e de suas organizações sociais nos artigos 197 ao 207; estando a parte da Consolidação das Leis do Trabalho em razão de sua natureza sancionadora criminal, além disso cabe ressaltar que a Justiça Laboral não tem competência do exercício de jurisdição penal, como é ressaltado pelo STF, que deferiu liminar na ADIN 3.684, com acórdão já publicado em 2020, conferindo eficácia *ex tunc*, declarando que, no âmbito da jurisdição da Justiça do Trabalho, não compete processar e julgar ações penais, sendo esta interpretação constitucional conforme à Constituição da República ao seu artigo 114, incisos I, IV e IX, com redação da Emenda Constitucional 45/2004 (STF, Pleno, ADIn 3.684-0/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 03.08.2007)³⁴.

33 BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 08 de jun. 2021.

34 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 114, I, IV e IX, da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004. 3. Competência Criminal da Justiça do Trabalho. Inexistência. 4. Medida cautelar deferida pelo Plenário e confirmada no julgamento de mérito. 5. Interpretação conforme ao disposto no art. 114, I, IV e IX, da Constituição da República, de modo a afastar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações penais. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada precedente. (PLENÁRIO, 11/05/2020, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.684 DISTRITO FEDERAL, RELATOR: MIN. GILMAR MENDES). Disponível em: < <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752798266>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

Há um ataque contra os direitos dos trabalhadores como um todo e não mera lesão a direito individual.

Se ressalta que sobre processar e julgar ações delituosas; um ato praticado de forma individual, atingindo um único empregado ou um grupo de trabalhadores, a competência constitucional estabelece que será ação em face da Justiça Estadual. Mas no caso de conduta criminosa perante categoria sindical ou profissional, na óptica de violar um interesse coletivo, a competência será da Justiça Federal.

Se extrai tal entendimento na Constituição Federal de 1988³⁵:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
VI - Os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (BRASIL, 1988)

É necessário ainda ressaltar a conjuntura política jurídica da construção dos diplomas normativos tratados nesta pesquisa, pois tanto a Consolidação das Leis do Trabalho, quanto o Código Penal, são leis positivadas na Era Vargas, em específico, do Estado Novo (1937-1945). Fábio Gentile³⁶ bem define que era um período que a ideologia fascista estava em alta, como modelo de combater a crise provocada no modelo liberalismo, e após a Revolução de 1930, quando a nova elite governante, liderada por Getúlio Vargas, chegou ao poder federal, se baseou num projeto de Estado autoritário para governar e restaurar a economia e moral brasileira.

O trabalhismo varguista buscou uma aproximação entre positivismo jurídico num aspecto coletivo e um modelo de Estado nacional que regia as normas sociais e as problemáticas sociais como desigualdade econômica, concentração de terras e pobreza por meio de um poder público autoritária na forma de uma ditadura permanente com forte controle das massas.

A construção jurídica realizada por Oliveira Vianna³⁷, consultor do Ministério do Trabalho, se baseou nos conceitos de “superior interesse da nação”, “sindicalismo nacional” e “colaboração entre as classes” para compor o conteúdo das normas laborais que seriam

35 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. ART. 109. Disponível em <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2021.

36 GENTILE, Fábio. A apropriação do corporativismo fascista no “autoritarismo instrumental” de Oliveira Vianna. Scielo. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tem/a/VKWfnNqKsYtQQWzJWvTdL6D/?lang=pt>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

37 GENTILE, Fábio. A apropriação do corporativismo fascista no “autoritarismo instrumental” de Oliveira Vianna. SCIELO. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tem/a/VKWfnNqKsYtQQWzJWvTdL6D/?lang=pt>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

unificadas como a CLT, pois como lembra Amauri Mascaro Nascimento³⁸ a publicação da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.453, de 1º de maio de 1943, tem a função de aperfeiçoamento do sistema legal sobre relações coletivas de trabalho, exercendo um papel de unificar um controle estatal sobre os sindicatos.

Sendo um conceito fundamental de colaboração das classes nas relações laborais entre empregados e empregadores no exercício econômico de uma espécie de modelo corporativo fascista à realidade brasileira, um nacionalista tóxico que permeou a rigidez e o controle num ranço autoritário presente no ordenamento jurídico por meio da CLT e do CP, ainda vigentes, apesar de reformas substanciais. Em razão deste teor histórico, será focado nos artigos 199 e 203 do CP, sobre a quebra de liberdade de escolha em se associar ou não a uma entidade sindical e à frustração de direito assegurado por lei trabalhista.

Estabelece o Código Penal, no seu art. 199:

Atentado contra a liberdade de associação
 Art. 199 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional:
 Pena - detenção (...) (BRASIL, 1940)

Proclama Cezar Bitencourt³⁹ que deste a Constituição de 1934 há uma proteção constitucional ao direito de sindicalizar-se; previsto no capítulo dos Direitos e das Garantias Individuais, no art. 113, inciso XII “é garantida a liberdade de associação para fins lícitos. Nenhuma associação será compulsoriamente dissolvida senão por sentença judiciária”. Bem jurídico com proteção ampliada com a decretação da norma penal de 1940. Que também vigora a liberdade associativa como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988⁴⁰ (arts. 5º, XVII, e 8º, V):

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:
 XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

38 FERRARI; Iwany. NASCIMENTO; Amauri Mascaro. FILHO; Ives Gandra da Silva Martins. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho – 3. ed. – p. 87, São Paulo: LTr, 2011.

39 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos– 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 393, 2018.

40 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. ART. 109. Disponível em <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2021.

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; (BRASIL, 1988)

Protegendo o bem jurídico da liberdade de associação e filiação sindical ou profissional, assegurada pela Constituição Federal, como demonstrado anteriormente; mas de maneira distinta de períodos anteriores, que de acordo com Aggeu Alves⁴¹, o Ministério do Trabalho controlava os sindicatos e suas conduções, num corporativo varguista, reprimindo ofensas a "recursos anti-sociais nocivos ao trabalho". Mas na contemporaneidade de 1988 a liberdade sindical e de associação permeia por pressupostos de um Estado Democrático de Direito.

Os sujeitos ativos podem ser qualquer pessoa, a norma não qualifica o agressor de nenhuma condição especial; já o passivo, que também pode ser qualquer pessoa, contando que se trate de trabalhador ou profissional membro de associação de classe ou sindicato. Para a descrição do caput do art. 199, a modalidade “deixar de participar”, o sujeito passivo deve ser membro da organização o qual seja constrangido a abandonar. Nos termos objetivos da norma criminal, é uma ação de constranger por meio do uso de violência ou grave ameaça a participação ou não participação num sindicato ou associação profissional (JESUS, 2020, p. 69)⁴².

Para Cezar Bitencourt⁴³ a tipificação recai sobre uma associação profissional que pode ser definida como gênero da qual o sindicato é a espécie, pois uma associação é a união ou agrupamento de pessoas cuja finalidade é a defesa dos interesses profissionais que constituem ou integram referida entidade associativa (art. 1º do Decreto-Lei n. 1.402/39 e art. 511 do Decreto-Lei n. 5.452/43 — CLT)⁴⁴. Já a conceituação doutrinária e legal de sindicato é definida por Carla Teresa Martins⁴⁵, *como unidades de base, ou de primeiro grau, na organização sindical, que atuam como representantes dos grupos de trabalhadores e de empregadores*. Que tem por base o art. 511, da CLT:

41 ALVES, Aggeu. Dos crimes contra a organização do trabalho. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 53, p. 370-389, jan. 1958. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66301/68911>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

42 JESUS. Direito Penal, Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-A do CP; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 3 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 69, 2020.

43 BITENCOURT. Tratado de direito penal: parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos– 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 392, 2018

44 BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, art. 511. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 11 jun. 2021.

45 ROMAR, Carla Teresa Martins. Direito do trabalho– modelo sindical- 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 910, 2018.

Art. 511 - A associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. (BRASIL, 1943)

A subjetiva da norma é constituída pelo dolo da ação, a vontade plena e livre de constranger alguém, usando a violência ou grave ameaça a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional, a lei não define a modalidade culposa, a consciência e intenção são essenciais. Consuma-se o atentado contra a liberdade de associação quando o agente, com violência ou grave ameaça, impede a associação de alguém ou quando, consegue fazer associar-se. Assim o atentado à liberdade de associação consuma-se em razão dos meios violentos empregados, participa ou deixa de participar de sindicato ou de associação profissional. Admite tentativa, quando a sua finalidade não é alcançada. (BITENCOURT, 2018, p. 393)⁴⁶.

Por fim do descrito, define-se como crime comum, material, consuma-se com a produção do resultado, doloso, não havendo previsão da modalidade culposa; instantâneo e, eventualmente, permanente (cuja execução alonga-se no tempo).

O delito de frustração de direito assegurado por Lei Trabalhista, por sua vez, está descrito no art. 203, do Código Penal⁴⁷, senão vejamos:

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista
 Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:
 Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
 § 1º Na mesma pena incorre quem:
 I - Obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;
 II - Impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais
 § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental. (BRASIL, 1940)

Como destaca Damásio de Jesus, *“O legislador buscou tutelar a legislação trabalhista, entendendo indispensável ao desenvolvimento harmônico da sociedade o cumprimento dos deveres impostos ao empregado e ao empregador”*. Este tipo penal

46 BITENCOURT. Tratado de direito penal: parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 393, 2018

47 BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 08 de jun. 2021.

assegura os direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico laboral, de forma que por depende de complementação para efetuar a tipificação, é considerado norma penal em branco. Na doutrina de Cezar Roberto⁴⁸, o sujeito ativo, é aquele que impede a realização do direito do trabalho, empregador, por exemplo. O sujeito passivo é o trabalhador lesado no seu direito; sendo um direito frustrado pela fraude ou violência. A adição pela Lei 9.777/1998, trata da causa de aumento de pena, nas hipóteses da vítima for menor de 18 anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Definindo as questões penais, em defesa da integridade da liberdade sindical e seu exercício, será analisado as contribuições sindicais presente na CLT.

3 DAS CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS NO ORDENAMENTO LABORAL

As entidades sindicais sempre exerceram um papel essencial na aquisição de direitos e garantias para seus representados, bem como lideraram movimentos a fim de assegurar a dignidade do trabalho e os direitos individuais e coletivos desse setor. Oportuno é ressaltar, como se diz no popular, que “a união faz a força” e que, por isso, a organização dos trabalhadores tende a dirimir os esforços patronais em privilegiar o lucro dos empreendimentos em detrimento dos direitos dos empregados.

Não obstante a importância dessas entidades, as quais são a pura expressão do direito individual e coletivo de livre associação dos trabalhadores, tais esforços só poder-se-iam concretizar em reais resultados se munidos de recursos financeiros. Em virtude do alto custo de manutenção das confederações, federações e sindicatos, seus espaços físicos e pessoal, o próprio ordenamento jurídico brasileiro faz a previsão de contribuições a serem destinadas para essas associações.

Dessa forma, os trabalhadores podem disponibilizar recursos para que essas associações continuem a proteger e representar seus interesses. *Prima facie*, a contribuição é vista pela doutrina como devendo ser espontânea, em retribuição aos diversos serviços prestados pelas entidades aos respectivos trabalhadores representados (RESENDE, 2020, p. 1798). Ocorre, no entanto, que este entendimento não era acolhido pelo ordenamento antes da

48 BITENCOURT. Tratado de direito penal: parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos– 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, p. 407, 2018

Reforma Trabalhista de 2017 Lei nº 13.467/2017, infelizmente; o que acarretava na cobrança compulsória das contribuições.

Com fulcro na própria Constituição Federal de 1988 (art. 8º) e na legislação trabalhista, são tidos como principais formas de contribuição: a Contribuição Confederativa; a Contribuição Assistencial; a Contribuição Mensal e a Contribuição Sindical. Abaixo serão analisadas cada uma delas, bem como as inovações em seus textos legais e interpretações jurisprudenciais.

3.1 Contribuição confederativa

A Contribuição Confederativa encontra previsão constitucional, estando disposta no art. 8º, inciso IV da CF/88⁴⁹. Sua finalidade é a de custear o sistema confederativo sindical nacional e, conforme o texto da Constituição, será instituída pela assembleia geral da categoria. Importante debate é o que trata acerca da eficácia de tal instituto, para alguns a eficácia é dada como plena, enquanto para outros a eficácia seria limitada (dependeria de regulamentação advinda de lei ordinária).

Para Bezerra Leite (2018, p. 684), ao entender que esta contribuição não possui natureza tributária, não há de se falar em eficácia limitada, uma vez que a feitura de lei ordinária não é essencial à aplicabilidade da contribuição; ainda mais, ressalta que a competência para sua instituição é da assembleia geral da respectiva categoria e não da lei. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tratou de pacificar o tema ao julgar o RE 161.547⁵⁰, de 1998, dispondo que a eficácia da norma constitucional (art. 8º, inciso IV) é plena e de aplicabilidade imediata, além de não ter natureza tributária.

Já no tocante ao fato de quem deve pagar esta contribuição, o entendimento é de que apenas aqueles trabalhadores filiados aos sindicatos é que devem contribuir por meio deste instituto; o que restaria óbvio, uma vez que este não possui natureza tributária, portanto, não dever-se-ia entendê-lo como compulsório para todos os trabalhadores da respectiva categoria.

49 IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

50 Sindicato: contribuição confederativa instituída pela assembleia geral: eficácia plena e aplicabilidade imediata da regra constitucional que a previu (CF, art. 8º, IV). Coerente com a sua jurisprudência no sentido do caráter não tributário da contribuição confederativa, o STF tem afirmado a eficácia plena e imediata da norma constitucional que a previu (CF, art. 8º, IV): se se limita o recurso extraordinário – porque parte da natureza tributária da mesma contribuição – a afirmar a necessidade de lei que a regulamente, impossível o seu provimento. (STF-RE 161.547 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – j. 24.03.1998 – 1º T. – DJ de 08.05.1998).

Não obstante, a discussão se prolongou por algum tempo, sendo objeto de deliberação no Supremo ao julgar o RE 198.092⁵¹, de 1996, onde elucidou-se que a natureza não tributária da contribuição confederativa era incompatível com a compulsoriedade para os trabalhadores não integrantes dos sindicatos.

Em resumo, a contribuição confederativa deve ser compulsória apenas para os trabalhadores filiados aos sindicatos, não restando dúvida quando ao ser caráter não exigível quanto aos trabalhadores não filiados. Tal é a relevância deste entendimento que o STF, em 2003, o cristalizou através da Súmula 666, a qual, posteriormente, foi convertida na Súmula Vinculante 40, de 2015. *In verbis*: “A Contribuição Confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo.”. Esta disposição, inclusive, compatibiliza-se com a tese definida no julgamento do ARE 1.018.459 RG⁵², ao evidenciar a inconstitucionalidade de qualquer cláusula em acordo ou convenção coletiva ou sentença normativa que estipule o pagamento desta contribuição confederativa a trabalhadores não filiados ao sindicato.

Mesmo ao enfrentar um pedido de cancelamento, hipótese em que o entendimento acerca do tema poderia ser alterado, a Súmula Vinculante 40 foi reafirmada⁵³, permanecendo válida e consoante com o entendimento atual da corte constitucional. Como se pode depreender, a matéria há muito foi pacificada e reforçada no STF, permanecendo atual a

51 A questão a saber é se a denominada contribuição confederativa, inscrita no art. 8º, IV, da Constituição Federal, fixada pela assembleia geral, é devida pelos empregados não filiados ao sindicato. Noutras palavras, se apresenta ela caráter de compulsoriedade, vale dizer, se é obrigatório o seu pagamento por empregados não filiados ao sindicato. (...) Primeiro que tudo, é preciso distinguir a contribuição sindical, contribuição instituída por lei, de interesse das categorias profissionais - art. 149 da Constituição - com caráter tributário, assim compulsória, da denominada contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral da entidade sindical - C.F., art. 8º, IV. A primeira, conforme foi dito, contribuição parafiscal ou especial, espécie tributária, é compulsória. A segunda, entretanto, é compulsória apenas para os filiados do sindicato. (RE 198.092, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento em 27.8.1996, DJ de 11.10.1996)

52 É inconstitucional a instituição, por acordo, convenção coletiva ou sentença normativa, de contribuições que se imponham compulsoriamente a empregados da categoria não sindicalizados. (Tese definida no ARE 1.018.459 RG, rel. min. Gilmar Mendes, P, j. 23-2-2017, DJE 46 de 10-3-2017, Tema 935.)

53 (...) deve-se destacar que os argumentos trazidos pela proponente são idênticos àqueles debatidos no julgamento do RE 194.603/SP, relator o ministro Marco Aurélio, e redator para o acórdão ministro Nelson Jobim, cujo resultado foi paradigma para a elaboração da Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal, convertida, posteriormente, na Súmula Vinculante 40. Portanto, o mero descontentamento ou divergência quanto ao conteúdo de verbete vinculante não propicia a reabertura de debate sobre matéria devidamente sedimentada por esta Corte. Ademais, a proponente não se desincumbiu da exigência constitucional de apresentar decisões reiteradas do Supremo Tribunal Federal para suportar o seu pedido de cancelamento da Súmula Vinculante 40, com o que também não se verifica a necessária adequação formal da presente proposta. (PSV 117, rel. min. presidente Ricardo Lewandowski, dec. monocrática, j. 2-9-2015, DJE 177 de 9-9-2015.)

interpretação sedimentada desde 1996⁵⁴ acerca do dispositivo constitucional. Em complementação ao exaustivo conjunto de jurisprudências citadas que corroboram para o fortalecimento desta concepção acerca do inciso IV, art. 8º da CF/88, existe, também, o Precedente Normativo nº 119 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual robustece a tese definida no ARE 1.018.459 RG (supracitado) e ainda dispõe que os valores cobrados indevidamente devem ser ressarcidos aos trabalhadores⁵⁵

3.2 Contribuição assistencial

Esta espécie de contribuição é devida apenas pelos trabalhadores filiados aos sindicatos, aplicando-se a este instituto o Precedente Normativo nº 119 do Tribunal Superior do Trabalho (tal qual como é aplicado à contribuição confederativa) e a Orientação Jurisprudencial nº 17⁵⁶, do mesmo tribunal; ambos tratando acerca da inconstitucionalidade e impossibilidade de descontar esta contribuição de trabalhadores não filiados.

Ademais, importa esclarecer que a contribuição é utilizada para custear as atividades assistenciais do sindicato (RESENDE, 2020, p. 1802), a exemplo das despesas realizadas durante negociações coletivas. Outro ponto de destaque é a constituição desta contribuição, que é feita através de acordos, convenções ou sentenças normativas (LEITE, 2018, p. 688). Adicionalmente, o art. 513, alínea 'e' da Consolidação das Leis do Trabalho, elucida que os próprios sindicatos possuem a prerrogativa de impor contribuições daqueles que integrarem categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas.

Há ainda, no art. 545 da CLT, dispositivo que prevê a obrigação dos empregadores em descontar a contribuição assistencial, desde que autorizados pelo próprio empregado. A

54 RE 198.092, Relator Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgamento em 27.8.1996, DJ de 11.10.1996
55 PRECEDENTE NORMATIVO Nº 119 TST - CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – (nova redação dada pela SDC em sessão de 02.06.1998. Homologação: Res. 82/1998, DJ 20.08.1998) - DEJT divulgado em 25.08.2014 - "A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoreamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados."

56 ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 17 DA SDC DO TST- CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS (inserida em 25/5/1998). As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.

contribuição assistencial, logo, beneficia exclusivamente a entidade que a estipulou, não sendo repassado nenhum valor para o sistema confederativo (KALB, 2019, p. 814).

Durante certo tempo, houve tolerância para previsões, em normas coletivas, que contemplavam a possibilidade de oposição ao desconto pelo trabalhador não filiado. Ou seja, não obstante a falta de compulsoriedade desta contribuição para os trabalhadores não filiados, é comum serem localizadas cláusulas em acordos ou convenções coletivas que estipulam a cobrança do instituto para os não membros, com possibilidade de oposição; logo, para que os trabalhadores evitem a cobrança, devem se opor formalmente no prazo de até 10 dias (RESENDE, 2020, p. 1803). Acerca disso, versa a doutrina no sentido de que esta prática é incompatível com o ordenamento jurídico-trabalhista:

Nunca compactuei com a interpretação, pois o espírito da legislação trabalhista sempre foi restringir ao máximo a possibilidade de descontos salariais (por exemplo, conforme o disposto no art. 462 da CLT), e não o contrário. Logo, somente seria válido o desconto expressamente autorizado pelo trabalhador (no caso, mediante a associação ao sindicato). (RESENDE, 2020, p. 1803)

Em consonância com este entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho, através de julgados recentes, passou a inadmitir tal prática⁵⁷. Para o tribunal, a existência deste tipo de cláusula seria uma violação legal (art. 545, CLT) e jurisprudencial (Súmula Vinculante 40), uma vez que os descontos devem ser prévia e expressamente autorizados pelos empregados e que não se admite a cobrança de contribuições de trabalhadores não filiados aos sindicatos (nas hipóteses de contribuições de natureza não tributária). Dessa forma, a autorização acerca da cobrança se daria com a filiação do trabalhador ao sindicato, não havendo de se falar em outra hipótese que não esta.

⁵⁷ A exemplo: Agravo de instrumento em recurso de revista. Contribuição assistencial. Empregados não sindicalizados. A jurisprudência pacífica e reiterada do TST, consubstanciada no Precedente Normativo nº 119 e na Orientação Jurisprudencial nº 17, ambos da SDC, segue no sentido de que a Constituição da República, nos arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização, sendo ofensiva a essa modalidade de liberdade a instituição de cláusula em acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados, restando efetivamente nulas as estipulações que não observem tal restrição e passíveis de devolução os valores irregularmente descontados. Esse também é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado na Súmula nº 666, segundo a qual a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. Observe-se, ademais, que, mesmo quando facultado o direito de oposição, não se verifica a convalidação de cláusulas desta natureza. Isso porque, ao impor ao empregado não sindicalizado o ônus de refutar o desconto que não autorizou previamente, a norma coletiva desrespeita previsão legal expressa no sentido de que os descontos devem ser prévia e expressamente autorizados (art. 545 da CLT). Precedentes. Agravo de instrumento desprovido (TST, 7ª Turma, AIRR-110100-63.2009.5.02.0054, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, j. 16.03.2016, DEJT 18.03.2016).

3.3 Contribuição mensal

A contribuição mensal trata-se de quantia periódica paga pelos trabalhadores associados ao sindicato, com a finalidade de custear a associação (LEITE, 2018, p. 688). Sua previsão deve constar no estatuto social do sindicato e este pode, inclusive, fixar o valor do instituto (RESENDE, 2020, p. 1804).

Para que se diferencie a contribuição mensal da contribuição sindical, com o intuito de compreender melhor os institutos, faz-se necessário observar dois pontos: *a*) na contribuição sindical todos os integrantes da respectiva categoria (incluídos os filiados) estão aptos a contribuir, enquanto que na contribuição mensal apenas os filiados contribuirão; *b*) na contribuição sindical os valores percentuais e as aplicações estão previstos em lei, não podendo o Estatuto dispor diversamente dos dispositivos legais, já na contribuição mensal, os percentuais e aplicações dependem apenas da estipulação do Estatuto (LEITE, 2018, p. 688).

3.4 Contribuição sindical

A contribuição sindical é anual e encontra previsão legal (arts. 578 a 610, CLT) e constitucional (art. 8º, inciso IV e art. 149, CF/88), sendo entendida como uma espécie de ‘receita sindical’. Conforme o que dispunha o art. 579 da CLT, esta contribuição era devida por todos os trabalhadores que participassem de uma determinada categoria, profissional ou econômica, ou de uma profissão liberal, em favor dos respectivos sindicatos (LEITE, 2018, p. 684 e 685).

Inclusive, o entendimento do Supremo Tribunal Federal era no sentido de que este instituto, diferente dos demais, possuía natureza tributária⁵⁸. Dessa forma, diferente das contribuições já citadas, a contribuição sindical era devida por todos os trabalhadores de uma determinada categoria ou profissão, filiados ou não aos sindicatos; em outras palavras, este instituto era tido como compulsório e independia de prévia e expressa autorização. Ainda, o STF reforçara esta posição no que refere aos servidores públicos civis, confirmando a exigibilidade da contribuição sindical e a estendendo aos servidores⁵⁹.

58 A contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral – CF, art. 8º, IV – distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário – CF, art. 149 – assim compulsória. A primeira é compulsória apenas para os filiados do sindicato (RE 198.092 – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 27.08.1996 – 2ª T. – DJ de 11.10.1996).

59 Sindicato de servidores públicos: direito à contribuição sindical compulsória (CLT, art. 578 seguintes), recebida pela Constituição (art. 8º, IV, in fine), condicionado, porém, à satisfação do requisito da unicidade. A

Ocorre, contudo, que a Lei 13.467/2017 alterou significativamente as disposições legais concernentes à contribuição sindical, fato que modificou a compulsoriedade deste instituto, que atualmente só é devido por aqueles trabalhadores que expressamente autorizarem os descontos. Nesse sentido, caso algum trabalhador (nas hipóteses específicas dos empregados e trabalhadores avulsos) concorde com a contribuição, o recolhimento dar-se-á no mês de abril de cada ano (*vide* art. 582, CLT). Já nos casos dos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais, o recolhimento será no mês de fevereiro (*vide* art. 583, CLT).

Aos empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição, este deverá ser feito no mês de janeiro, salvo nos casos em que venham a se estabelecer após este mês, hipótese em que devem contribuir na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade (*vide* art. 587, CLT). Sob a mesma ótica, se os empregados só iniciarem os trabalhos em data posterior ao recolhimento da contribuição, o desconto far-se-á no primeiro mês subsequente (*vide* art. 602, CLT).

Por fim, para esta sintética análise, em virtude da natureza tributária do instituto as contribuições sindicais serão recolhidas à Caixa Econômica Federal ou aos demais bancos integrantes do Sistema de Arrecadação dos Tributos Federais (*vide* art. 586, CLT). Além disso, a própria CLT faz a previsão dos percentuais de repasse e utilização dessas contribuições⁶⁰.

4 A REFORMA TRABALHISTA E O FIM DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL COMPULSÓRIA

Como antes elucidado, exaustivo é o conjunto de posições jurisprudenciais dos tribunais (principalmente STF e TST) no sentido de que as contribuições confederativa,

Constituição de 1988, à vista do art. 8º, IV, in fine, recebeu o instituto da contribuição sindical compulsória, exigível, nos termos do art. 578 e seguintes, CLT, de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato (cf. ADI 1.076-MC, Pertence, 15.06.1994). Facultada a formação de sindicatos de servidores públicos (CF, art. 37, VI), não cabe excluí-los do regime da contribuição legal compulsória exigível dos membros da categoria (ADI 962 – 11.11.1993 – M in. Ilmar Galvão) (S TF-RM S 21.758 – Rel. M in. Sepúlveda Pertence – j. 20.09.1994 – 1ª T. – DJ de 04.11.1994).

60 Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho: I – para os empregadores: a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; b) 15% (quinze por cento) para a federação; c) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e d) 20% (vinte por cento) para a “Conta Especial Emprego e Salário; II – para os trabalhadores: a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; b) 10% (dez por cento) para a central sindical; c) 15% (quinze por cento) para a federação; d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e) 10% (dez por cento) para a “Conta Especial Emprego e Salário;

mensal e assistencial somente são devidas pelos trabalhadores filiados aos sindicatos. Isso se dá, pois, a liberdade de associação sindical necessita ser respeitada, afastando a compulsoriedade desses institutos para os trabalhadores não filiados. Interpreta-se, então, a liberdade de associação sindical, no sentido de autorização da cobrança compulsória destes institutos, através do ato de filiação; assim sendo, a filiação é vista como a autorização do trabalhador acerca dos descontos em sua remuneração.

Não obstante o entendimento pacífico acerca da não compulsoriedade destas contribuições para os trabalhadores não filiados, diverso era o entendimento acerca da contribuição sindical, que sempre fora devida por todos os trabalhadores, independentemente de anuência ou não. O embasamento para tal era justamente o que dispunha a CLT antes da Reforma Trabalhista, conferindo ao instituto um caráter tributário e compulsório. Acerca disso, inclusive, dispunha o STF: “*A contribuição confederativa, instituída pela assembleia geral – CF, art. 8º, IV – distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário – CF, art. 149 – assim compulsória. A primeira é compulsória apenas para os filiados do sindicato.*”⁶¹

No entanto, o advento da Reforma Trabalhista de 2017, por meio da Lei 13.467, modificou profundamente o entendimento acerca da contribuição sindical, tornando-a similar às outras contribuições. Dessa forma, mantêm-se que todos os trabalhadores das categorias respectivas, filiados ou não, estão aptos a contribuir, todavia, a contribuição passa a ser facultativa; o que implica na necessidade de autorização prévia e expressa do trabalhador para que sejam feitos os descontos. Acerca do tema, versa a doutrina:

A atividade sindical é custeada por várias formas de contribuição, as quais devem, em princípio, ser espontâneas, em retribuição aos serviços prestados pela entidade. Não era o que ocorria no Brasil até a vigência da Lei nº 13.467/2017, infelizmente. Convivemos, até 10.11.2017, com a contribuição compulsória, a qual sem nenhuma dúvida é responsável por boa parte do atraso que vivenciamos no tocante ao desenvolvimento sindical. Na prática, se percebia que, com a sobrevivência econômica garantida pela própria lei, boa parte das entidades sindicais existentes simplesmente ignoravam os anseios do trabalhador, servindo o sindicato apenas de meio de vida para alguns. (RESENDE, 2020, p. 1798)

Acredita-se, portanto, que a mudança realizada quanto à contribuição sindical para torná-la facultativa encontra dois pontos motivadores importantes: *a)* a necessidade de que a liberdade de associação sindical seja respeitada de forma ampla; *b)* a realidade fática de

61 RE 198.092 – Rel. Min. Carlos Velloso – j. 27.08.1996 – 2ª T. – DJ de 11.10.1996

omissão e falta de representatividade dos próprios sindicatos. Quanto a este último, há de se destacar que a comodidade do recebimento compulsório das contribuições sindicais gerou uma certa passividade dos sindicatos quanto aos serviços prestados; o fim da compulsoriedade visou revitalizar o papel dos sindicatos e movimentar os trabalhadores em função de engajarem-se quanto às suas associações.

Ainda sobre as mudanças trazidas pela Reforma, vários dispositivos legais foram alterados a fim de ressaltar a necessidade de prévia e expressa autorização do trabalhador antes que a contribuição sindical seja descontada de sua remuneração, é o que se pode observar nos artigos da CLT:

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, **desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato**, quando por este notificados.

(...)

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, **desde que prévia e expressamente autorizada**.

(...)

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está **condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão** ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

(...)

Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical **dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos**.

(...)

Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, **observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação**.

(...)

Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical **e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento** serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho. (BRASIL, 2017, grifo nosso)

Dada esta modificação, por vezes até mesmo exaustivamente repetitiva, fica claro que a Reforma pretendeu, e logrou êxito, em modificar a compulsoriedade da contribuição sindical. Com isto, almejou-se conferir mais modernidade e liberdade nas relações trabalhistas; além de que, de certa forma, os institutos de contribuição tornaram-se mais similares.

A despeito desta profunda, e positiva, modificação, a qual era vista com esperança a fim de promover a melhora da qualidade dos sindicatos e uma real aproximação entre estes e

os trabalhadores, inclusive sendo declarada constitucional pelo STF⁶², existem observações a serem feitas quanto à forma que ocorreu essa mudança. Vale pontuar que não ocorreu transição alguma para que a contribuição fosse reduzida gradualmente, enfraquecendo várias associações e prejudicando a defesa dos trabalhadores, nesse sentido versa a doutrina:

A crítica que fazemos às alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017 repousam na ausência de regras de transição e de debates democráticos para a extinção gradativa da contribuição sindical. Certamente, os sindicatos das categorias profissionais serão os mais prejudicados com a queda vertiginosa de arrecadação, o que implicará na redução da defesa dos direitos dos trabalhadores, porquanto dispõe inciso III do art. 8º da CF que os sindicatos são instituições de defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, sendo que a contribuição sindical constitui elemento econômico imprescindível para o desempenho de tal missão constitucional. (LEITE, 2018, p. 687)

Com entendimento similar:

Infelizmente não há razões para comemorar, porquanto a Reforma Trabalhista de 2017 eliminou imediatamente o financiamento compulsório dos sindicatos, mas deixou intocado o sistema da unicidade sindical; por outro lado, ampliou sobremaneira o alcance das negociações coletivas justamente num cenário em que sindicatos se viram repentinamente asfixiados financeiramente. Sem nenhuma dúvida, portanto, tal movimento legislativo visou ao enfraquecimento da atividade sindical e do direito do trabalho no Brasil, e não ao seu aperfeiçoamento ou modernização, como apregoado pelos defensores da reforma. (RESENDE, 2020, p. 1799)

Assim, é importante notar que, embora as intenções da Reforma tenham sido boas, a execução dessas mudanças causou grandes transtornos às relações trabalhistas. A falta de modulação temporal na aplicação dos institutos aproxima a própria natureza trabalhista de uma economia neoliberal, na qual admite-se a substituição de determinados direitos em função da aquisição do trabalho. Tal ótica é incompatível com a própria essência do Direito do Trabalho nacional, que visa pela proteção, garantia e condução das relações laborais.

Muito embora essa não possa ter sido a intenção, os efeitos serão plenamente sentidos durante a transição abrupta, a qual, por almejar a rápida transformação das relações e institutos, acabou por deixar carências em certos aspectos. Isso é ruim pois acaba por desvirtuar os objetivos iniciais da reforma, desequilibrando, sem nenhum aviso, a estrutura sindical nacional. Esse parece não ser o caso das associações patronais, no entanto, haja vista que recebem outras espécies de ‘contribuições’. Dispõe a doutrina:

62 Ao julgar improcedente a ADI nº 5.794, o STF decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 13.467/2017 no que se refere ao fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

Já as entidades sindicais patronais não sofrerão impactos tão gigantescos em sua gestão financeira, na medida em que recebem outras “contribuições” muito mais vultosas oriundas do Sistema “S” (SESC, SENAI, SENAR etc.), sendo certo que, costumeiramente, os empregadores não se opõem ao recolhimento da contribuição sindical patronal. (LEITE, 2018, p. 687)

5 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA

Coube ao Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal o mérito da arguição de inconstitucionalidade ADI 5794 / DF, da conformidade, ou desconformidade, dos dispositivos introduzidos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) acerca da contribuição sindical, com a Constituição vigente.

No relatório do eminente ministro Edson Fachin, deixou claro que a análise da constitucionalidade formal e material da ação (assim como das demais)⁶³ rondavam os incisos II e III do art. 146, § 6º do art. 150 e o art. 159 da Constituição; e do artigo 8º, III e IV – a fim da conformidade destes como parâmetros acolhem ou não a alteração da compulsoriedade do imposto sindical, que passa a ser facultativa. Não estando em análise a questão da existência ou não da contribuição sindical no ordenamento jurídico brasileiro, mas somente da conformidade constitucional, ou não, das mudanças trazidas pela reforma trabalhista de 2017⁶⁴. Pag. 34.

A decisão da Suprema Corte de declarar a constitucionalidade dos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho, com a redação que lhes foi dada pelo artigo 1º da Lei 13.467/2017, pôs fim às reivindicações das entidades sindicais que pediam pela inconstitucionalidade entre outras razões, pela ameaça a autonomia financeira dos sindicatos com a possível perda de 80% a 90% de suas arrecadações, prejudicando a capacidade destes entes na defesa dos direitos coletivos dos seus associados no âmbito administrativo e jurisdicional.⁶⁵

63 Foram distribuídas por prevenção e encontram-se apensadas ao presente feito 19 (dezenove) ações diretas. São elas: ADI 5912; ADI 5923; ADI 5859; ADI 5865; ADI 5813; ADI 5887; ADI 5913; ADI 5810; ADI 5811; ADI 5888; ADI 5815; ADI 5850; ADI 5900; ADI 5945; ADI 5885; ADI 5892; ADI 5806 e ADI 5950. Foi também apensada, pelas mesmas razões, a ADC 55. Pag. 36

64 ___, LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), -a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho- Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 11 jun. 2021.

65 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 6787/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

Será analisando neste capítulo, os aspectos mais relevantes no voto do ministro relator Edson Fachin na defesa da autonomia das organizações sindicais, assim como os argumentos da divergência do ministro Luiz Fux, que acarretaram na tese vencedora, formando a maioria com o apoio de Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia, sendo vencidos o relator e os ministros Dias Toffoli e Rosa Weber que o acompanharam.

O excelentíssimo magistrado relator explicou que o regime sindical constitucional tem três bases: a unicidade sindical (art. 8º, II), representatividade compulsória (art. 8º, III) e a contribuição sindical (art. 8º, IV, parte final):

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município.

III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV – a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo, da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei. (BRASIL, 1988)

Que o arcabouço constitucional celebra a autonomia sindical e sua finalidade na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, mas numa perspectiva histórica brasileira, a relação sindicato e estado já teve nuances mais próximas, num dirigismo varguista de controle social, conforme Amauri Mascaro Nascimento⁶⁶, a influência do estado sobre os sindicatos não tinha finalidade de garantir direito social laboral (inclusive limitava direitos como a greve) , mas de expandir seu domínio em novas frentes de acesso as massas operárias:

É possível concluir que esse conjunto de normas jurídicas atingiu o epílogo de um processo de dirigismo estatal sobre a organização sindical (...). Neste período, o Estado também fixou regras sobre a administração dos sindicatos, seus órgãos, sobre as eleições sindicais, bem como proibiu a greve e o lockout, considerando-os ‘antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital’, além de incompatíveis com os superiores interesses da produção. (NASCIMENTO, 2015, p. 113)

A Constituição de 1937, proibia a greve e entregava ao Estado o dever de organizar o regime sindical brasileiro, pensamento que construiu como já citado no capítulo anterior, o

66 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 113.

código penal e a defesa da liberdade sindical, a Consolidação das Leis Trabalhistas, e conforme lembra João Batista Pereira Neto⁶⁷: “A aprovação da CLT em 1943 aperfeiçoou o intervencionismo estatal na estrutura sindical e nos sindicatos em si, apresentando-se diversas condições para sua organização e administração e sobre as eleições, o enquadramento e a contribuição sindicais”.

As mudanças políticas no contexto brasileiro, fez surgir novas cartas constitucionais, mas no tocante a alterações deste regime, a Constituições de 1946 e de 1967 tiveram pífias inovações e alterações, apenas restabelecendo alguns direitos (como o direito de greve), mantendo, porém, o controle estatal e a contribuição compulsória.⁶⁸

Para o ministro Edson Fachin⁶⁹, o texto de 1988 trouxe inovações ao sistema sindical brasileiro, relativizando este modelo corporativo e numa teoria de direitos fundamentais, estabeleceu: o direito à livre fundação de sindicatos, dispensada a aprovação do Ministério do Trabalho; o reconhecimento constitucional da investidura sindical na representatividade da categoria; a liberdade de filiação (e desfiliação) dos sindicatos; a obrigatoriedade da participação sindical nas negociações coletivas e a possibilidade de instituição da contribuição sindical, conforme o artigo 149 da Constituição da República.

Parafraseando Ives Gandra da Silva Martins⁷⁰, o ministro explica a finalidade que a Constituição de 1988, deu a contribuição sindical, como meio a reconhecer e garantir aos movimentos dos trabalhadores como organizações aptas a atuar na defesa laboral: *“A contribuição, portanto, objetiva garantir a existência dos movimentos sindicais de trabalhadores e patronais, sendo, na dicção do art. 8º, inciso IV, a exata razão de sua exigência como perfil de natureza tributária”.*

Reconhecendo a natureza histórica corporativa, mas pontuando a relevância constitucional que a CF/88 deu aos direitos sociais e seus meios de garantir eficácia material, defendeu Fachin a constitucionalidade da obrigatoriedade da contribuição sindical, criticando

67 PEREIRA NETO, João Batista. O sistema brasileiro de Unicidade Sindical e Compulsoriedade de Representação. São Paulo: LTR, 2017, p. 33.

68 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reforma trabalhista. Facultatividade da contribuição sindical. Constitucionalidade de ações Diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

69 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reforma trabalhista. Facultatividade da contribuição sindical. Constitucionalidade de ações Diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN, pag.44). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

70 MARTINS, Ives Gandra da Silva, in Revista TST, Brasília, vol. 81, n. 2, abr/jun 2015, p. 95.

a falta de etapas e lapso temporal de adaptação para que as organizações sindicais pudessem melhor se adequar a realidade reformada do Direito do Trabalho, e num confronto entre o princípio da liberdade de associação e da liberdade sindical, numa perspectiva que historicamente era de obrigatoriedade, considerou que prevalece os meios necessários pra garantir objetivos constitucionais impostos a estas entidades, como as previstas na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (artigo 8º, III, da CRFB), participação obrigatória nas negociações coletivas de trabalho (artigo 8º, VI, da CRFB), denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (artigo 74, §2º, da CRFB) e ajuizar ações diretas e ações mandamentais coletivas perante a jurisdição constitucional (artigos 5º, LXX, e 103, IX, da CRFB).

Neste sentido do papel da reforma trabalhista, o jurista Maurício Godinho Delgado⁷¹, concorda com a posição crítica do ministro ao explicar que não houve aperfeiçoamento do sistema de custeio das entidades sindicais, mas sim a eliminação de uma contribuição que inviabilizou a organização dos sindicatos.

Divergindo do relator, o ministro Luiz Fux⁷² consolidou sua tese ao refutar aspectos formais e materiais questionados. Sobre a contribuição sindical ser de matéria tributária, de modo que a forma por lei complementar seria a mais adequada e não a lei ordinária, conforme os artigos 146, III, e 149 da CF/88; afastou tal argumento ao lembra que a própria redação do art. 146, III, alínea ‘a’, da Constituição afasta a exigência de lei complementar no que diz respeito às contribuições, sendo por lógico que se não há exigência constitucional de lei complementar para a definição de normas gerais sobre contribuições, também não há para a extinção de contribuição. Sobre a tese de que a lei da reforma trabalhista, ao instituir a facultatividade do pagamento das contribuições sindicais, criou hipótese de exclusão de crédito tributário, o que demandaria lei específica, na forma do art. 150, § 6º, da Constituição; explicitou que tal parágrafo, submete apenas a “*subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão*”⁷³, o que, evidentemente, não

71 DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2018. p. 247

72 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reforma trabalhista. Facultatividade da contribuição sindical. Constitucionalidade de ações Diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (VOTO DO MINISTRO LUIZ FUX, Inteiro Teor do Acórdão - Página 64 de 209). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

73 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2021.

tem qualquer aplicação à contribuição sindical. Portanto a retirada da compulsoriedade das contribuições sindicais tem pertinência temática com a reforma trabalhista da Lei nº 13.467/2017.

Para o ministro divergente, a Lei nº 13.467/2017⁷⁴ emprega critério homogêneo e igualitário ao exigir prévia e expressa anuência de todo e qualquer trabalhador para o desconto da contribuição sindical, e por suprimir a natureza tributária da contribuição, não há de falar em violação ao princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da Constituição), principalmente porque a facultatividade, garante uma limitação do poder de tributar, para não prejudicar o trabalhador, sendo uma contribuição que não detém compulsoriedade regradada na constituição.

Na ótica da violação da autonomia da organização sindical e do retrocesso social e violação aos direitos básicos de proteção ao trabalhador previsto nos artigos 1º, III e IV, 5º, XXXV, LV e LXXIV, 6º e 7º da Constituição, Fux discordou do eminente Fachin, compreendendo com base na própria jurisprudência do STF⁷⁵:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47 DA LEI FEDERAL N. 8.906/94. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONTRIBUIÇÃO ANUAL À OAB. ISENÇÃO DO PAGAMENTO OBRIGATÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. (...)

O texto hostilizado não consubstancia violação da independência sindical, visto não ser expressivo de interferência e/ou intervenção na organização dos sindicatos. Não se sustenta o argumento de que o preceito impugnado retira do sindicato sua fonte essencial de custeio.” (ADI 2522, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006).

Além disso indicou a modernização das relações laborais e opção do Congresso Nacional em combater a ineficiência da representatividade decorrente da proliferação de organizações sindicais no Brasil, com teor artificial, que obtinham valores salariais de trabalhadores/empregados que pouco ou nenhuma interferência ou conhecimento tinham destas organizações (além de muitas deterem cunho político adverso a autonomia dos seus contribuintes não associados) utilizando números expressos no Projeto de Lei nº 6.787/2016⁷⁶,

74 BRASIL, LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), -a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho- Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 11 jun. 2021.

75 ADI 2522, Relator (a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2006.

76 CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 6787/2016. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

que deu origem à lei ora impugnada. Como a existência de 11.326 sindicatos de trabalhadores e 5.186 sindicatos de empregadores, segundo dados obtidos no Cadastro Nacional de Entidades Sindicais do Ministério do Trabalho, com valores arrecadados na contribuição sindical de R\$ 3,96 bilhões de reais.

Assim nas considerações finais do embate constitucional de princípios de direitos fundamentais, no âmbito das liberdades de associação, sindicalização e de expressão, o legislador democrático decidiu que a contribuição sindical, criada no estado novo, tornava nula a liberdade de associar-se a sindicatos, considerando ainda que as organizações sindicais detém outras formas de renda e que seus compromissos legais e constitucionais podem se sustentar com base em outros meios financeiros estabelecidos.

Para o ministro Fux, o legislador fez uma escolha democrática para compatibilizar as normas laborais com as novas relações de trabalho com base nas liberdades que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, e que cabe neste aspecto, autocontenção judicial na reforma trabalhista, que foi sancionada pelo Presidente da República, possuindo logo, presunção de constitucionalidade dela em consonância com os direitos e liberdades fundamentais estabelecida nos artigos 5º, incisos IV e XVII, e 8º, caput, da Constituição, assim o plenário do Supremo Tribunal Federal, declarou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade como improcedentes e a Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente para assentar a compatibilidade da Lei n.º 13.467/2017 com a Carta Magna.⁷⁷

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Imperioso é reconhecer a imprescindibilidade da própria estrutura sindical nacional. Tal qual como exposto no presente trabalho, desde o período de Vargas há avanços no sentido de valorar as relações trabalhistas e garantir a proteção dos empregados ante o próprio impiedoso afã da acumulação do capital e do lucro. Reconhece-se, no entanto, a vulnerabilidade laboral destes empregados, se vistos individualizados, ante os meios de produção retidos pelos empregadores. Em um mundo movido pelo dinheiro, onde este

77 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Reforma trabalhista. Facultatividade da contribuição sindical. Constitucionalidade de ações Diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (PLENÁRIO 29/06/2018. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.794, DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. EDSON FACHIN REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

consegue comprar, inclusive, privilégios políticos e jurídicos, a figura individual do trabalhador encontra enormes obstáculos para a aquisição de garantias à sua dignidade.

É nesse escopo que se encontra a principal arma dos trabalhadores: a união. Se o poder dos empregadores advém do lucro, do capital, dos recursos, o poder dos trabalhadores advém da própria solidariedade que inspira as lutas pela dignidade humana no ambiente laboral. Não se faz esquecer a própria essência do movimento material dialético, há uma imensa desigualdade de condições que só pode ser superada pelo ajuntamento, pela organização e pela busca de um ideal comum. Como baluarte de resistência, a frase preconizada por Marx ecoa pelo âmago dos movimentos laborais e fulcra a principal estratégia dos empregados: “Proletários de todos os países, uni-vos!” (1848). Dessa forma, os sindicatos nascem da própria recusa em ter seus direitos desrespeitados e da recusa em subjugar-se a um capitalismo desenfreado e desumano; daí surge a figura forte da união para equiparar as relações laborais modernas.

No entanto, esta tão importante união também importa na reunião de recursos, a fim de que as próprias associações consigam manter suas atividades e nunca carecer do essencial para financiar suas lutas e ter de abandonar a proteção das categorias. Nesse sentido, nascem as contribuições. Estas mesmas que, perante Estados de bem-estar social, assumiram caráter, muitas vezes, até compulsório e tributário, com o intuito de incentivar o desenvolvimento das lutas sindicais. No Brasil, fenômeno similar aconteceu com a contribuição sindical, que, diferentemente das contribuições confederativa, mensal e assistencial, era devida, compulsoriamente, até mesmo por trabalhadores não filiados aos sindicatos.

Críticas foram tecidas a esta compulsoriedade, uma vez que os sindicatos não são de obrigatória participação dos empregados. Afinal, a liberdade de associação sindical é uma expressão da própria luta trabalhista, ela consubstancia a união por objetivos comuns, que fora o coração do surgimento dos sindicatos. Logo, ao esvaziar-se o objetivo comum, ao divergirem-se os interesses, ao ser restrita a liberdade de associação através da natureza tributária e compulsória de uma contribuição, desvirtuar-se-ia a própria teleologia sindical. No caso brasileiro, a contribuição sindical obrigatória acabou por causar omissões e letargia nos sindicatos (RESENDE, 2020), como que se perdessem suas essências. Os trabalhadores devem ser livres para contribuir com as causas que reputarem justas, para apoiar os projetos sindicais que lhes sejam de interesse, para lutar pelos direitos e se associarem com outros que também o queiram quando vislumbrarem necessário. Nessa toada, a Reforma Trabalhista de

2017 visou modernizar e ampliar a liberdade de associação sindical, prevendo que a contribuição sindical passasse a ser facultativa.

Desse modo, antes que esta contribuição seja descontada, é necessário que se tenha uma prévia e expressa autorização do empregado. Apesar dos efeitos fáticos obtidos pelo corte abrupto de recursos dos sindicatos, os quais inclusive tiveram um enfraquecimento em suas estruturas, vê-se, para os próximos anos, uma revisita à própria essência dos movimentos sindicais. Se anteriormente a letargia marcava a atividade sindical brasileira, nesse momento as lutas devem retomar o vigor, protagonizando as defesas de direitos e rememorando os objetivos que urgem a união dos trabalhadores. Mais do que nunca, a Reforma, apesar de todas as ressalvas feitas nesse artigo, não impedirá o ímpeto da solidariedade entre as categorias; passar-se-á por uma reinvenção, isto é certo, principalmente em função das novas tendências do mercado e das novas gerações a vir, mas a luta nunca se esvaírá.

Ao reconhecer que a facultatividade da contribuição sindical encontra respaldo constitucional, reconhece-se, também, a importância da liberdade de associação sindical como ponto central da existência dos sindicatos, e não o contrário. Esta mesma norteará as tendências contemporâneas das relações trabalhistas, moldando a forma como são percebidas essas associações e remodelando seus objetivos. De fato, é provável que os sindicatos passem por dificuldades, mas também é provável que encontrem novos objetivos a fim de atrair novos representados e seus recursos para as bandeiras carregadas por eles. Embora permeado de incertezas, o futuro das relações trabalhistas, quer pendendo para qualquer hipótese, ainda terá por essência a frase: “Proletários de todos os países, uni-vos!” (MARX, 1848), para que se nunca esqueça a força, a importância e os objetivos que unem todos os trabalhadores.

REFERÊNCIAS

ALVES, Aggeu. **Dos crimes contra a organização do trabalho**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 53, p. 370-389, jan. 1958. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66301/68911>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848.htm>. Acesso em: 08 de jun. 2021.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL, LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), -a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho-** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 11 jun. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Art. 114, I, IV e IX, da CF, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004. 3. Competência Criminal da Justiça do Trabalho. Inexistência. 4. Medida cautelar deferida pelo Plenário e confirmada no julgamento de mérito. 5. Interpretação conforme ao disposto no art. 114, I, IV e IX, da Constituição da República, de modo a afastar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações penais. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.** (PLENÁRIO, 11/05/2020, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.684 DISTRITO FEDERAL, RELATOR: MIN. GILMAR MENDES). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752798266>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de Súmula Vinculante nº 117**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 2 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico 177, setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.018.459**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 23 de fevereiro de 2017. Diário da Justiça Eletrônico 46, setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 161.547**. SINDICATO: CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA INSTITUÍDA PELA ASSEMBLÉIA GERAL: EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA DA REGRA CONSTITUCIONAL QUE A PREVIU (CF, ART. 8º, IV). Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de março de 1998. Diário da Justiça, maio de 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 198.092**. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 27 de agosto de 1996. Diário Judicial.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reforma trabalhista. Facultatividade da contribuição sindical.** Constitucionalidade de ações Diretas de inconstitucionalidade julgadas improcedentes. Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada procedente. (PLENÁRIO 29/06/2018. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.794, DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. EDSON FACHIN REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. LUIZ FUX). Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749631162>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.758**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de setembro de 1994. Diário da Justiça, novembro de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 666**. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. Brasília. Diário da Justiça, outubro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 40**. A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. Brasília. Diário da Justiça Eletrônico, março de 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento nº 110100-63.2009.5.02.0054**. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, 16 de março de 2016. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, mar. de 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial nº 17. CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS**. Brasília, 25 de maio de 1998. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, ago. de 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Precedente Normativo nº 119. CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS**. Brasília, 06 de junho de 1998. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, ago. de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 3: crimes contra o patrimônio até crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 6787/2016**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2018.

FERRARI; Irany. NASCIMENTO; Amauri Mascaro. FILHO; Ives Gandra da Silva Martins. **História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho** – 3. ed. – São Paulo: LTr, 2011.

GENTILE, Fábio. **A apropriação do corporativismo fascista no “autoritarismo instrumental” de Oliveira Vianna**. SCIELO. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tem/a/VKWfnNqKsYtQQWzJWvTdL6D/?lang=pt>>. Acesso em: 08 jun. 2021.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública – arts. 184 a 288-A do CP**; atualização André Estefam. – Direito penal vol. 3 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IBGE. **Número de sindicatos no país.** Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticasnovportal/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica/9092-sindicatos-indicadores-sociais.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

KALB, Christiane Heloisa. Contribuição sindical facultativa: da análise da (in) constitucionalidade da cobrança compulsória. **Revista de Direito da Cidade**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 808-829, 3 ago. 2019. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2019>.

KREIN, J., GIMENEZ, D., SANTOS, A. **Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil.** Organizadores: José Dari Krein, Denis Maracci Gimenez, Anselmo Luis dos Santos. – Campinas, SP; Curt Nimuendajú, 2018. 304 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho - recursos financeiros** – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, **in Revista TST**, Brasília, vol. 81, n. 2, abr/jun 2015

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **O manifesto comunista.** 5.ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1999. 65 p.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **Direito sindical.** 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

PEREIRA NETO, João Batista. **O sistema brasileiro de Unicidade Sindical e Compulsoriedade de Representação.** São Paulo: LTR, 2017.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: Método, 2020

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do trabalho**– 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAPÍTULO 6

O DIREITO À ESTABILIDADE GESTACIONAL E A CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL EM TORNO DOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS

Clarice Maria Ribeiro Nogueira⁷⁸
 Thaylana Coimbra Pinto Martins⁷⁹
 Jaqueline Alves da Silva Demetrio⁸⁰

RESUMO

A estabilidade gestacional foi uma grande conquista relativa aos direitos fundamentais das mulheres em razão de resguardar os direitos fundamentais da dignidade humana e do direito à vida, ganhando relevo especial com a Constituição de 1988, com destaque para o artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e a Súmula 244 do TST, responsável por permitir sua aplicação aos contratos de trabalho por tempo indeterminado. No entanto, a ausência de uma legislação específica, bem como o acirramento das relações de trabalho diante da tendência de flexibilização, fez surgir uma controvérsia judicial a respeito da possibilidade de ampliar o instituto da estabilidade provisória gestacional aos contratos temporários, a qual teve recente entendimento no Tribunal Superior do Trabalho que poderá delimitar novos rumos para este embaraço travado entre juízes de diferentes tribunais que buscando solucionar a questão, estabeleceram interpretações diversas pela concessão ou não, da estabilidade. Assim, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, objetivou-se definir o instituto da estabilidade gestacional, apresentar suas dimensões constitucionais e ainda, refletir acerca do entendimento mais recente do TST nessa temática, constatando que apesar do estabelecimento de uma interpretação nos tribunais superiores, a questão ainda não satisfaz a omissão legislativa e as dificuldades concretas das gestantes e puérperas.

Palavras-Chaves: Estabilidade gestacional. Contratos temporários. Flexibilização.

ABSTRACT

Gestational stability was a great achievement related to the fundamental rights of women as it safeguards the fundamental rights of human dignity and the right to life, gaining special importance with the 1988 Constitution, with emphasis on article 10, item II, subitem " b", of the Transitory Constitutional Provisions Act (ADCT) and for Precedent 244 of the TST, responsible for allowing its application to employment contracts for an indefinite period. However, the absence of specific legislation, as well as the intensification of labor relations due to the trend towards greater flexibility, has given rise to a legal controversy regarding the possibility of extending the institute of provisional gestational stability to temporary contracts, which had a recent understanding in the Superior Labor Court, which will be able to delimit new directions for this embarrassment between judges from different courts who, seeking to resolve the issue, established different interpretations for granting or not, stability. Thus, through documentary and bibliographic research, the objective was to define the institute of gestational stability, present its constitutional dimensions and also reflect on the most recent understanding of the

78 Estudante de Direito na Universidade Estadual do Maranhão. Realizou sua formação do Ensino Médio nas instituições Liceu Maranhense e CENAZA. Participou do grupo de extensão "Direito e Cidadania" da Universidade Estadual do Maranhão. Também participou do "Grupo de Estudos em Direito, Inovação e Tecnologia - EDIT" e do "Laboratório de Ciências Criminais 2021" do IBCCRIM. Atualmente, é integrante do "Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Estudos em Direito de Informática - NIPEDI UEMA". Email: claricemrnogueira@gmail.com

79 Graduada do 8º período do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão, pesquisadora PIBIC e membro do Laboratório de Estudos em Antropologia Política (LEAP) e do Grupo de Pesquisa e Extensão em Direito Novos Caminhos UEMA. Email: thaylana.coimbra@gmail.com.

⁸⁰ Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

TST on this subject, noting that despite the establishment of an interpretation in higher courts, the issue still does not satisfy the legislative omission and the concrete difficulties of pregnant and postpartum women.

Keywords: Gestational stability. Temporary contracts. Flexibilization.

1 INTRODUÇÃO

Considerando que a estabilidade provisória concedida à grávidas e puérperas é direito social de elevada importância para proteger simultaneamente, os direitos das mulheres e seus filhos, merece atenção esse instituto a fim de observar se sua aplicação ocorre acertadamente em respeito aos ditames constitucionais.

A questão revela embaraços e resistências, merecendo relevo em especial a situação presente nos contratos temporários, pois se observa uma lacuna legislativa quanto ao tema, restando aos tribunais buscar em meio a divergências, um entendimento uniformizado, sendo este concretizado recentemente através do Tribunal Superior do Trabalho.

Assim, cabe analisar o conceito e a caracterização da estabilidade gestacional, bem como situar sua previsão normativa e as controvérsias judiciais, bem como a relevante decisão do TST que aqui merece destaque, a qual afasta a possibilidade de reconhecimento da estabilidade gestacional em contratos temporários.

A pesquisa partirá primeiro da análise acerca da estabilidade no Brasil e da estrutura normativa que preceitua a garantia do trabalho. Em seguida, o estudo apontará como a flexibilização das relações de trabalho advindas da nova configuração econômica influenciaram a garantia constitucional da estabilidade gestacional.

Por último, será possível perceber a controvérsia que se apresenta tanto no âmbito dos princípios constitucionais aplicados pela jurisprudência, quanto pela legislação infraconstitucional no que tange aos direitos da gestante diante da contratação temporária.

3 O DIREITO À ESTABILIDADE GESTACIONAL NO TRABALHO

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.432, de 1º de maio de 1941) foi o grande instrumento garantidor da estabilidade no Brasil. Em relação à estabilidade gestacional, a primeira modificação da CLT nesse sentido foi a previsão do descanso durante quatro semanas antes do parto e oito semanas após o parto. No entanto, foi com a contribuição da Constituição Federal de 1988 (art. 7º, inciso XVIII) e do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (art. 10, II, “b”) que o instituto da licença-maternidade

se solidificou e passou a prever 120 dias de resguardo à gestante sem o risco de dispensa, bem como a garantia de emprego desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.

Esse reconhecimento normativo ocorreu em congruência às mudanças do mercado de trabalho às condições da mulher. Evitando-se discriminação e segregação da mão-de-obra feminina, prezou-se pela dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, em especial o direito à vida, em desenvolvimento no período de gestação (CÉSAR; SILVA, 2014, p. 82).

Assim, é possível apontar a estabilidade não só como a continuidade do vínculo, mas também como incentivo à melhora laboral, de forma a evitar qualquer retrocesso no que tange aos direitos trabalhistas já consolidados. Para Sérgio Pinto Martins:

A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo à revelia do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário. (MARTINS, 2000, p. 356).

É necessário diferenciar estabilidade propriamente dita, hoje restrita aos servidores públicos, de outras figuras que a doutrina denominou ‘estabilidade provisória’. A estabilidade gestacional é do tipo provisória, instituída com previsão nos arts. 165, 543 da CLT e pelo Enunciado n. 142, do TST, que preceituou: “Empregada gestante, dispensada sem motivo antes do período de seis semanas anteriores ao parto, tem direito à percepção do salário-maternidade”

Dessa forma, o direito à estabilidade gestacional é resultado de uma série de garantias previstas na legislação, partindo não só da licença à maternidade, mas também do direito à reintegração em caso de dispensa no período e do recebimento das verbas devidas pelo empregador.

O caráter protecionista da legislação acerca da garantia de emprego à gestante provocou o entendimento de que é vedado à trabalhadora em situação de gravidez renunciar ou trocar as garantias referentes à manutenção do emprego e do salário. Assim, é fundamento do Tribunal Superior do Trabalho a impossibilidade de a estabilidade gestacional se tornar uma “moeda de troca” por ser um direito constitucional.

Essa compulsoriedade de gozo da estabilidade se explica, nas palavras de Arnaldo Sussekind:

Os principais congressos e conferências internacionais sobre o Direito do Trabalho, realizados desde 1890, timbraram sua ação no sentido de serem adotadas regras especiais de proteção à mulher, sem prejuízo da aplicação das normas gerais regulamentares do trabalho humano. Os fundamentos especiais são, em resumo, os seguintes: [...] b) a proteção à maternidade, como direito natural da mulher e esteio básico do futuro da raça. Daí a compulsoriedade da licença remunerada da gestante, e, além de outras providências, o direito a intervalos para a amamentação dos filhos (SUSSEKIND; MARANHÃO apud VARGAS, 2008, p. 76)

Além disso, a estabilidade conferida à gestante é congruente com as normas internacionais recepcionadas pelo Brasil. Entre elas, é possível citar a Convenção 103 da OIT que induz a ilegalidade da despedida de empregada que estiver em gozo de licença-maternidade e a Convenção n. 158 da OIT que prevê a tutela contra a dispensa imotivada e o uso arbitrário do poder de despedir por parte do empregador, condicionando o fim da relação de trabalho a uma causa motivada.

A fim de melhor compreender como foi assegurada a estabilidade provisória de gestantes no âmbito normativo supralegal, cumpre pormenorizar alguns dispositivos constantes na Convenção n. 158 da OIT, a qual possui um conteúdo normativo de relevância acerca do Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, como se pode perceber em seu Artigo 4º:

Art. 4º Não se porá fim à relação de trabalho, a menos que exista uma causa justificada relacionada com a capacidade ou conduta do trabalhador ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa.

Em seguida, o Artigo 5º se ocupa em pormenorizar causas que não poderão configurar a dispensa justificada do empregado. Entre elas, pode-se observar a gravidez na alínea d) como um dos motivos que não poderão configurar motivo justificado para dispensa. E ainda, cumpre acrescentar também a alínea e), que também descarta a ausência do trabalho durante a licença-maternidade como causa justificada, notando-se assim, a proteção normativa que se instituiu em torno dos direitos das mulheres e seus nascituros.

Demonstrando uma previsão normativa bem estruturada, a Convenção n. 158 da OIT não apenas se ocupou em instituir vedações para que ocorra a dispensa com justa causa em concordância com direitos essenciais, como também visou estabelecer procedimentos que possam amenizar a situação de vulnerabilidade dos trabalhadores que sofram dispensas incompatíveis com os ditames legais.

Dessa maneira, se fazem presentes os artigos 7º e 8º, os quais dispõem, respectivamente, sobre procedimentos prévios ao término e por ocasião do mesmo e a possibilidade de recurso contra o término.

Art. 5 — Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) **a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;**
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade.

Demonstrando uma previsão normativa bem estruturada, a Convenção n. 158 da OIT não apenas se ocupou em instituir vedações para que ocorra a dispensa com justa causa em concordância com direitos essenciais, como também visou estabelecer procedimentos que possam amenizar a situação de vulnerabilidade dos trabalhadores que sofram dispensas incompatíveis com os ditames legais.

Dessa maneira, se fazem presentes os artigos 7º e 8º da mesma Convenção, os quais dispõem, respectivamente, sobre procedimentos prévios ao término e a possibilidade de recurso.

Art. 7º Não deverá ser terminada a relação de trabalho de um trabalhador por motivo relacionados com seu comportamento ou seu desempenho antes de se dar ao mesmo a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade.

Art. 8º O trabalhador que considerar injustificado o término de sua relação de trabalho terá o direito de recorrer contra o mesmo perante um organismo neutro, como, por exemplo, um tribunal, um tribunal do trabalho, uma junta de arbitragem ou um árbitro.

Ao passo que o Art. 7º institui a possibilidade do empregado tomar ciência das motivações que levaram a sua dispensa, surge a importante prerrogativa de defesa contra eventuais medidas arbitrárias e abusivas.

Nessa esteira, o Art. 8º auxilia a concretizar tal prerrogativa ao viabilizar o direito de recurso perante uma autoridade neutra a fim de que seja verificada a regularidade da dispensa que foi realizada. Tal previsão normativa traz consigo importância imensurável tendo em vista que muitos direitos trabalhistas acabam sendo assegurados somente após serem judicializados.

3 A FORÇA DA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DIANTE DA FLEXIBILIZAÇÃO DO TRABALHO

O direito à estabilidade ganha novas implicações no Direito do Trabalho pós-moderno. Isso ocorre porque a configuração do modelo neoliberal expandiu as fronteiras do que se entendia por relação trabalhista, instituindo novos formatos de postos de trabalho mais flexíveis às necessidades econômicas.

A mutação do sistema produtivo acarretou profundas implicações ao trabalhador assalariado visto que com a reestruturação política, ideológica e econômica a tendência era que os fundamentos que estruturavam o Direito do Trabalho sofressem modificações profundas. Acerca do assunto, Farias evidencia:

No atual modelo econômico, a estabilidade no emprego tornou-se sinônimo de um sonho quase utópico, qual seja, o da permanência no emprego por tempo realmente longo e indeterminado. Prevalece no Brasil o sistema de liberdade de contratação e dispensa de trabalhadores pela empresa, segundo o qual um empregado pode ter seu contrato rescindido sem justa causa, desde que previamente avisado disso, no mínimo com trinta dias de antecedência, e que tenha sua rescisão de contrato formalizada, com assistência sindical ou do Ministério Público. Isso se chama sistema de instabilidade no emprego e é consequência do amplo poder diretivo do empregador. (FARIAS, 2015, p. 47).

A primeira influência que o modelo teve sobre a legislação trabalhista foi a eliminação do caráter cogente e imperativo de ordem pública que regia e regulamentava as relações de trabalho existentes, conferindo maior liberdade aos empregadores (TEIXEIRA; BARROSO, p. 65, 2009). Assim, se antes havia a predominância dos contratos definitivos de emprego, com a tendência à manutenção do trabalho, atualmente, a estabilidade e os instrumentos constitucionais e trabalhistas que a efetivam, apresentam-se na contramão das relações de trabalho.

Segundo James Magno Farias, na atual dinâmica de trabalho, muitas empresas e empregados acordam diretamente uma estabilidade contratual, possibilitada pelo art. 444 da CLT, onde as partes podem pactuar de forma livre a aquisição de estabilidade em um lapso temporal (FARIAS, 2015, p. 49).

Essa dicotomia do atual Direito do Trabalho se expressa nos litígios trabalhistas. Por um lado, não há como negar o crescimento e a solidificação das novas relações de trabalho, visto que a legislação infraconstitucional, com a Reforma Trabalhista de 2017, absorveu grande parte das demandas dos empregadores pautados desde a época de 1980. Por outro lado, há uma necessidade de que as decisões judiciais sejam congruentes com os preceitos constitucionais de garantias ao trabalho.

O princípio do *in dubio pro operário*, por exemplo, é um preceito que visa evitar o retrocesso em relação aos direitos já adquiridos normativamente, de forma que, no conflito de interpretação presente em uma norma, a interpretação mais benéfica⁸¹ ao trabalhador deve ser aplicada. Bezerra Leite (2020) entende mais além: na presença de duas normas sobre um direito mínimo do trabalhador, caso a segunda o maximize, esta deverá ser aplicada, preceito recepcionado pelo art. 7º da Constituição Federal ao proclamar que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social [...]” (LEITE, 2020, p. 168).

Na jurisprudência, este é um preceito reconhecido e aplicado na ponderação acerca dos direitos trabalhistas. Um exemplo indispensável é a Súmula nº 51 do TST, a qual associada ao artigo 468 da CLT, assume importante função de coibir o retrocesso social nas relações trabalhistas. Antes de examiná-la, cumpre transcrever o artigo supracitado:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Note-se que no dispositivo acima, a Consolidação das Leis Trabalhistas buscou mitigar as disparidades presentes na relação empregado-empregador a fim de evitar condições inferiores às dispostas anteriormente, exigindo além do mútuo consentimento, a inexistência de prejuízo para o empregado.

Neste segmento, a Súmula nº 51 do TST vem a dispor acerca das normas regulamentares estipuladas pelos empregadores:

Súmula nº 51 do TST - norma regulamentar. vantagens e opção pelo novo regulamento. art. 468 da CLT
 I - As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.
 II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005)

Através desta Súmula, o TST reafirmou o compromisso da Justiça Trabalhista de preservação da condição laboral mais benéfica ao trabalhador. Em seu inciso I, é enunciado

81 Sobre tal postulado, Américo Plá Rodriguez pontua que ele é essencialmente protecionista, o que não significa que a proteção jurídica depende de uma caridade do operador do Direito, mas sim que sua função é efetivar as normas trabalhistas das quais decorrem a proteção jurídica, sob o entendimento que a intenção do legislador é de caráter tutelar. (RODRIGUEZ, p. 28. apud BARROSO, p. 60, 2009).

um lapso temporal a aplicação de cláusulas constantes em regulamentos internos que modifiquem vantagens laborais, de maneira que estas só devem gerar efeitos para os trabalhadores admitidos após tais mudanças. E ainda, no inciso II, trata-se da situação em que coexistam dois regulamentos laborais, possibilitando ao empregador optar por um deles e gerar renúncia automática do outro.

A Súmula nº 288 do TST também dialoga com a temática de preservação de condição mais benéfica ao trabalhador. Por meio dela, a complementação de proventos oriundos da aposentadoria recebe uma interpretação similar à Súmula nº 51, de maneira que seu inciso I enuncia que só serão aplicadas eventuais modificações normativas feitas após a admissão do empregado se estas forem mais benéficas a ele:

Súmula nº 288 - complementação dos proventos da aposentadoria

I - A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito.

De maneira semelhante, o inciso II da Súmula discute a possibilidade de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar. Estando configurada esta circunstância, é facultado ao empregado escolher um dos planos, provocando a renúncia do outro:

II - Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro. (*Res. 193/2013, DJ-E 13.12.2003*)

Quanto à estabilidade provisória garantida às gestantes, Bezerra Leite (2020, p. 166) indica uma tendência de aplicação do princípio ao interpretar as normas concernentes. Primeiramente, no art. 10, II, “b”, do ADCT, segundo a qual é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante “desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto”, a interpretação possui margem para ser mais ampla, a considerar a probabilidade de gravidez para a gestante e não a efetiva comunicação da empregada ao empregador, por exemplo.

A Súmula n. 244 do TST, em seu inciso I, corrobora com a análise ao firmar entendimento que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, fazendo referência ao texto do art. 10, II, "b" do ADCT:

Súmula nº 244 do TST

GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III 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 desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

Convém destacar que a Súmula supracitada constitui ponto fulcral na discussão em questão, em razão do que foi disposto em seu inciso III:

III-A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Note-se que o caráter protecionista da Justiça trabalhista quanto à estabilidade enquanto prerrogativa laboral não apenas se estendeu às mulheres em estado gravídico, como também buscou contemplar inúmeras hipóteses presentes nesta circunstância, como é o caso do contrato temporário, estabelecendo um conflito entre descaracterizá-lo ou vulnerabilizar as destinatárias da estabilidade como será relatado no capítulo seguinte.

Ainda, quando se analisa o art. 391 da CLT, que prevê que "Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez", o período do reconhecimento da gravidez oferece dúvidas sobre o marco inicial da estabilidade, que também pode começar a partir da probabilidade de gravidez para a gestante e não da comprovação de fato.

Já o princípio da Continuidade da relação de emprego também está inteiramente relacionado à estabilidade do trabalhador. É um preceito que pressupõe que a manutenção e a melhora da situação laboral é base de conforto material e psicológico nas relações sociais do trabalhador, o que faz clara referência a um contrato de trabalho estável que ofereça a integração do trabalhador no processo produtivo.

Aqui então se questiona acerca da resistência da perspectiva constitucional frente às mudanças na legislação trabalhista. Para J.J. Gomes Canotilho, a força normativa constitucional se encontra nos princípios, visto que estes desempenham a função de vetores interpretativos, mas também a função de atualizar a norma, adaptando-a aos novos valores sociais em um processo denominado de mutação silenciosa, vinculando, dessa forma, o Legislador no momento da elaboração de uma norma jurídica. (CANOTILHO apud BARROSO, 2012, p. 125).

Ainda, para o autor, a importância dos princípios se encontra no freio das possíveis mutações normativas que advêm com as novas configurações políticas:

São aqueles que contêm as decisões políticas estruturais do Estado [...] São tipicamente os fundamentos da organização política do Estado [...]. Esses princípios fundamentais, exprimindo, como já se disse, a ideologia política que permeia o ordenamento jurídico, constituem, também, o núcleo imodificável do sistema, servindo como limites às mutações constitucionais. Sua superação exige um novo momento constituinte originário. Nada obstante, estes princípios são dotados de natural força de expansão, comportando desdobramentos em outros princípios e em ampla integração infraconstitucional (CANOTILHO, 2017, p. 145).

Nesse sentido, nota-se o fenômeno de desaceleração da institucionalização de garantias voltadas à estabilidade e manutenção do trabalho ao longo dos anos. A configuração de formas de contratação fundadas em um prazo definido, a exemplo dos contratos temporários, abre brechas para a dispensa de grupos historicamente protegidos contra a dispensa arbitrária pela estabilidade provisória, como é o caso das gestantes.

Dessa forma, o contrapeso que contribui diretamente para a efetividade do princípio da Proteção ao Trabalhador e da estabilidade no trabalho é o sopesamento das flexíveis e complexas relações de trabalho com a força normativa constitucional.

A aplicabilidade das normas e dos princípios constitucionais depende da visão dos direitos sociais como direitos fundamentais, pois tratá-los como normas programáticas faria com que valores cruciais para a sociedade democrática ficassem à mercê de instabilidades políticas e econômicas, em que cada governante adotaria ou não certas medidas de interesse social, a depender de sua perspectiva liberal ou mesmo de políticas eleitorais (CAPISTRANO, 2013).

4 A CONTROVÉRSIA ACERCA DA ESTABILIDADE GESTACIONAL NOS CONTRATOS TEMPORÁRIOS DE TRABALHO

A importância de assegurar a permanência das mulheres no mercado formal é objeto de longa data dos estudiosos do Direito do Trabalho, seja em razão da evolução no entendimento histórico acerca dos papéis sociais que as mulheres exercem, bem como pela busca permanente por uma posição de equilíbrio entre os interesses de empregado e empregador. As dificuldades nesse contexto se avolumam diante da controvérsia acerca da estabilidade gestacional (CESAR E SILVA, 2019, p. 82):

Junto à evolução normativa, compreendeu-se a necessidade de adaptação do mercado às condições da mulher – fisicamente diferente do homem -, que nessa

posição necessita de maiores cuidados principalmente durante a gestação. Evitando-se discriminação e segregação da mão-de-obra feminina, prezou-se pela dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais, em especial o direito à vida, em desenvolvimento no período de gestação (CESAR E SILVA, 2019, p.82).

Assim, temática indispensável à inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho diz respeito à possibilidade de ser assegurada a estabilidade gestacional nas relações de trabalho mediadas por contrato temporário. A questão acarreta conflitos diversos, na qual somam-se o vácuo legislativo, a afirmação de direitos fundamentais, entendimentos doutrinários e impasses jurisprudenciais (CESAR E SILVA, 2019).

Em que pese o consenso acerca da concessão da estabilidade gestacional nos contratos por tempo indeterminado firmado através do artigo 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ADCT, tal entendimento aliado a escassez normativa do tema tem contribuído para uma judicialização crescente e desnorteada no âmbito dos contratos temporários. Isto ocorre porque embora seja inegável a importância da estabilidade gestacional e seu reconhecimento esteja em ascensão, o contrato por tempo determinado possui características próprias que seriam desconstituídas se aplicado o referido instituto (CESAR E SILVA, 2019, p. 90).

Nessa esteira, apesar do princípio da continuidade ser norteador dos contratos de trabalho “garantindo boas condições ao trabalhador por meio da permanência do emprego” (DELGADO, 2017, p.224), tal princípio não é absoluto, pois são as necessidades específicas de cada caso permitem a adoção de contratos por tempo determinado, cabendo ao empregador definir qual modalidade de contrato adotará (CESAR E SILVA, 2019, p. 90).

O contrato por prazo determinado se dá em conformidade com disposição do §2º do artigo 273 da CLT, que diz: ‘O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório; c) de contrato de experiência’ (CESAR E SILVA, 2019, p. 89).

A respeito do contrato temporário, cabe conceituá-lo e mencionar sua aplicação a fim de possibilitar uma melhor compreensão acerca de suas peculiaridades. Assim, diz-se que:

O trabalho temporário é uma modalidade de contratação especial que se encontra regida na Lei 6.019/74, recentemente alterada pela Lei 13.429/2017.122 Segundo a autora Vólia Bonfim Cassar, trata-se de um **contrato realizado “por uma empresa prestadora de mão de obra para executar seus serviços”, a qual apenas presta serviço para outra empresa denominada de contratante ou tomadora de serviço** (LOPES, 2018, p.48).

E ainda:

Segundo o artigo 4º da Lei 6.019/74, entende-se como empresa de trabalho temporário “a pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente”.

A empresa de trabalho temporário é responsável por recrutar, contratar o trabalhador temporário e colocar à disposição da empresa tomadora de serviços, entretanto, não poderá utilizar os trabalhadores temporários em seus serviços, a não ser que os contrate de outra empresa de trabalho temporário (LOPES, 2018, p.49).

Uma vez definida a modalidade de contratos temporários, cabe enfrentar a impossibilidade de concessão da estabilidade gestacional nessa circunstância. Inicialmente, a escassez normativa permitiu entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que ampliavam tal prerrogativa em casos de contratação temporária.

Por certo tempo, o conflito interpretativo dividiu os tribunais, parte replicava o item III da Súmula nº 244, do TST, alterada em 2005, a fim de estender à garantia gestacional aos casos constituídos por contrato temporário (CESAR E SILVA, 2019, p. 92):

III-A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Por outro lado, apesar de ser defendida no art.10 do ADCT e na Súmula nº 244 do TST, a estabilidade gestacional em casos de contrato temporário não deixava de ser questionada em vias judiciais, tendo como exemplo o trecho da sentença do processo nº 0001163-28.2014.5.09.0655 (CESAR E SILVA, 2019, p. 93):

Resta incontroverso que o contrato da autora extinguiu diante do término do contrato de trabalho temporário, nos moldes da Lei 6.019/74. Assim, passo a análise da (in)existência de estabilidade no caso em tela.

Como proteção ao nascituro e também a própria gestante, o artigo 10, II, “b” do ADCT, prevê a estabilidade gestante de 5 meses após o parto.

A existência do contrato de trabalho temporário possui características específicas, devendo perdurar tão somente pelo prazo estipulado pela lei e pelas partes, quando da contratação, no presente caso 3 meses.

O objetivo do contrato é justamente atender demandas transitórias, tanto é que a extinção no seu termo não acarreta a que parte for (empregado ou empregador) multa por rescisão contratual.

Tenho que a existência de estabilidade na decorrência de trabalho temporário garante tão somente a estabilidade durante o próprio contrato.

Assim, a estabilidade não impede o implemento do termo final do contrato com prazo certo, uma vez que não existiu a despedida arbitrária ou sem justa causa, e sim a extinção natural do próprio contrato. Acresço ainda, que o previsto na súmula 244, do C. TST, não possui caráter vinculante.

Entendo ainda, que a nova sistemática de interpretação dos direitos constitucionais, e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não pode

acarretar ao empregador que assuma riscos que não lhe foram impostos por determinação legal, e com o pretexto de uma superproteção ao trabalhador, colocar em risco o próprio negócio.

A sentença mencionada é rica em interpretações que viriam a lograr êxito posteriormente quando a questão fosse apreciada novamente nas instâncias superiores, merecendo destacar a posição da magistrada ao entender que reconhecer a estabilidade gestacional em casos de contratos temporários iria descaracterizá-los e onerar excessivamente os empregadores.

Apesar disso, o processo acima estava apenas iniciando uma trajetória argumentativa de posições diversas, tendo sido reformado de maneira favorável à estabilidade gestacional. Posteriormente, teve uma nova reviravolta:

Em instância superior, no entanto, o entendimento não foi mantido, concluindo que o contrato temporário não se assemelha ao contrato a termo, motivo pelo qual é previsto em legislação especial. Afirma também que a trabalhadora não estaria desamparada, pois a legislação previdenciária assegura ao empregado temporário a qualidade de segurado obrigatório e, portanto, salário-maternidade (CESAR E SILVA, 2019, p. 93).

A controvérsia acerca da estabilidade gestacional em contratos temporários encontrou seu desfecho quando a demanda foi apreciada pelo Tribunal Superior do Trabalho, permitindo a delimitação de um entendimento mais centralizado e responsável no bojo do processo Ag-IAC-5639-31.2013.5.12.0051, no qual em novembro de 2019 o Pleno do TST considerou inaplicável a estabilidade gestacional para tais contratos.

Embora a questão tenha sido enfrentada pelo Pleno ao julgar um Incidente de Assunção de Competência processo acima, outros julgamentos mais recentes tornaram o entendimento cristalino. Em 2020, o TST no processo nº TST-RR-722-05.2016.5.23.0003, reafirmou sua posição:

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. RECLAMADA. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA – GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI Nº 6.019/1974. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. 1 - Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista, por provável violação do art. 10, II, b, do ADCT. 2 - Agravo de instrumento a que se dá provimento. II - RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014 E INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. RECLAMADA. INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA – GESTANTE. TRABALHO TEMPORÁRIO. LEI Nº 6.019/1974. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. 1 - O Tribunal Regional entendeu que a estabilidade prevista no art. 10, II, b, do ADCT se aplica a empregada gestante contratada para trabalhar em regime de trabalho temporário previsto na Lei nº 6.019/74. 2 - O Pleno

do TST, em Incidente de Assunção de Competência, com efeito vinculante, no julgamento do IAC-5639-31.2013.5.12.0051, em sessão realizada em 18/11/2019, firmou a seguinte tese jurídica: “é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.”. **3 - Inaplicável, portanto, a garantia de estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT à empregada gestante contratada sob o regime do trabalho temporário previsto na Lei n.º 6.019/74 (caso dos autos).** 4 - Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

E novamente, em 2021, o TST manteve sua posição, estabelecendo um interessante posicionamento acerca do conflito existente entre a Súmula nº 244 do TST, já mencionada anteriormente, que previa a garantia da estabilidade gestacional em contratos temporários, e o Tema 497 do RE 629.053 apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual foi firmada a seguinte tese de repercussão geral: “A incidência da estabilidade prevista no art. 10, inc. II, do ADCT, somente exige a anterioridade da gravidez à dispensa sem justa causa”

Dessa maneira, ao julgar o RR-101854-03.2018.5.01.0471, o Tribunal Superior do Trabalho não apenas manteve a inaplicabilidade da estabilidade gestacional, como ajudou a esclarecer o conflito que ainda podia se estabelecer nas instâncias iniciais a respeito do embate interpretativo entre a Súmula nº 244 do TST e a tese firmada pelo STF:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 13.015/2014 E 13.467/2017. 1. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO TEMPORÁRIO. SÚMULA Nº 244, III, DO TST. INAPLICABILIDADE. TEMA 497 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO STF. EFEITO VINCULANTE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA RECONHECIDA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do IAC-5639- 31.2013.5.12.0051, fixou tese jurídica no sentido de que “é inaplicável ao regime de trabalho temporário, disciplinado pela Lei n.º 6.019/74, a garantia de estabilidade provisória à empregada gestante, prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”. II. A decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 497 é de clareza ofuscante quanto elege como pressupostos da estabilidade da gestante (1) a anterioridade do fator biológico da gravidez à terminação do contrato e (2) dispensa sem justa causa, ou seja, afastando a estabilidade das outras formas de terminação do contrato de trabalho. Resta evidente que o STF optou por proteger a empregada grávida contra a dispensa sem justa causa – como ato de vontade do empregador de rescindir o contrato sem imputação de justa causa à empregada -, excluindo outras formas de terminação do contrato, como pedido de demissão, a dispensa por justa causa, a terminação do contrato por prazo determinado, entre outras. III. O conceito de estabilidade, tão festejado nos fundamentos do julgamento do Tema 497 da repercussão geral, diz respeito à impossibilidade de terminação do contrato de trabalho por ato imotivado do empregador, não afastando que o contrato termine por outras causas, nas quais há manifestação de vontade do empregado, como no caso do pedido de demissão (a manifestação de vontade se dá no fim do contrato) ou nos contratos por prazo determinado e no contrato de trabalho temporário (a manifestação de vontade do empregado já ocorreu no início do contrato). **Assim, na hipótese de admissão**

mediante contrato por prazo determinado, não há direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do ADCT. Superação do item III da Súmula 244 do TST pelo advento da tese do Tema 497 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no RE 629.053, na Sessão Plenária de 10/10/2018. IV. A tese fixada pelo Plenário do STF, em sistemática de repercussão geral, deve ser aplicada pelos demais órgãos do Poder Judiciário até a estabilização da coisa julgada, sob pena de formação de coisa julgada inconstitucional (vício qualificado de inconstitucionalidade), passível de ter sua exigibilidade contestada na fase de execução (CPC, art. 525, § 1º, III), conforme Tema 360 da repercussão geral. V. Desse modo, ao concluir que a garantia prevista no artigo 10, II, "b", do ADCT alcança também os trabalhadores temporários, o Tribunal Regional decidiu de forma contrária à jurisprudência do TST. Demonstrada transcendência política da causa. VI. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. 2. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECURSO DE REVISTA EM QUE NÃO SE ATENDEU AOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 896, § 1º-A, DA CLT. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO. I. É ônus da parte, “sob pena de não conhecimento” do recurso de revista, observar o disposto nos incisos I, II e III do § 1º-A do art. 896 da CLT (redação dada pela Lei nº 13.015/2014). II. No caso, a parte Recorrente não transcreveu o trecho que contém o prequestionamento da tese que pretende debater. III. Portanto, se o recurso de revista não pode ser conhecido em razão de ausência de pressuposto de admissibilidade, há de se concluir que não há tese hábil a ser fixada, com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica e, portanto, a causa não oferece transcendência. IV. Recurso de revista de que não se conhece.

De modo geral, os acórdãos mencionados referentes aos processos TST-RR-722-05.2016.5.23.0003 e nº TST-RR-101854-03.2018.5.01.0471, de 2020 e 2021, respectivamente, são bem ilustrados por meio do voto ministro relator do segundo processo no TST, Alexandre Ramos, o qual demonstra o prevalecimento do Tema 497 de repercussão geral firmado pelo Supremo Tribunal Federal sob a Súmula estabelecida pelo 244 do TST, de maneira que embora a empregada gestante tenha direito à estabilidade provisória, contanto que estejam presente os “pressupostos da estabilidade da gestante (1) a anterioridade do fator biológico da gravidez à terminação do contrato e (2) dispensa sem justa causa, ou seja, afastando a estabilidade das outras formas de terminação do contrato de trabalho”, de maneira que não se enquadra o contrato temporário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As implicações nas relações trabalhistas ocasionadas pela nova configuração política e econômica pós-moderna constituem um instigante objeto de estudo para entender a aplicação do Direito do Trabalho na sua perspectiva garantista pelos próximos anos.

Grupos socialmente vulneráveis como as gestantes encontram-se no meio dessa dicotomia, visto que, de um lado, a realidade força a solidificação de contratos de trabalho por

tempo determinado, e, por outro, a estabilidade provisória ainda é um direito de força constitucional que rege o entendimento dos tribunais.

A estabilidade está presente em diversos direitos garantidos à gestante pelo direito interno e pelas convenções e tratados internacionais, incluindo a licença maternidade e o direito à reintegração ao posto de trabalho se observada arbitrariedade. Ainda, a tutela está presente no bojo de princípios como o da Proteção e o da continuidade da relação de emprego.

Assim, no que pese a constante flexibilização dos cargos de trabalho, a jurisprudência se mantém na congruência do entendimento constitucional. Partindo da análise de recentes julgados, decidiu-se pelo reconhecimento do direito à estabilidade mesmo diante da contratação temporária.

A presente pesquisa foi exitosa em analisar a aplicação da jurisprudência diante da mudança brusca da legislação infraconstitucional no que tange às relações trabalhistas, principalmente envolvendo grupos constitucionalmente protegidos pelo Direito do Trabalho. No entanto, a questão não se esgota no presente estudo, visto que, como evidenciado, a aplicação normativa tende a sofrer influências do contexto social e econômico.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Leonardo Alves. **A Força Normativa dos Princípios Fundamentais como Vetores da Formação do Estado Ideal**. Normatividade Jurídica, Rio de Janeiro, n. 11, p. 118-136, 2013.

BORGES, Leonardo Dias; CASSAR, Vólia Bonfim. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 06 dez. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Sessão de 14/09/2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244. Acesso: 05 dez. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-101854-03.2018.5.01.0471**. Relator: Alexandre Luiz Ramos. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/fim-de-contrato-temporário-impede-trabalhadora-de-ter-estabilidade-destinada-às-gestantes>. Acesso em: 06 dez 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-RR-722-05.2016.5.23.0003**. Relator: Kátia Magalhães Arruda. Sessão de 13/05/2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/gestante-com-contrato-temporario-nao-tem-direito-a-garantia-provisoria-de-emprego>. Acesso em: 8 dez. 2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed., Coimbra: Almedina.

CAPISTRANO, Kássia Líriam de Lima Costa. **A regulamentação dos empregados domésticos no Brasil face aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana: as perspectivas da Convenção n. 189 (OIT) e da PEC 478/2010**. João Pessoa: 2013.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2017. p. 332

CESAR, Alexandra Clara Botareli; SILVA, Renata Cristina de Oliveira Alencar. **Proteção à Maternidade no Contrato de Trabalho Temporário: Tutela do direito à vida**. Revista Jurídica da Unifil, Ano XIV, nº 14. p. 81-98. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTR. 2017. p. 224.

FARIAS, James Magno Araújo. **Direito Constitucional do Trabalho: sociedade e pós-modernidade**. São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES, Grasielle Ramalho. **A garantia de emprego da gestante no trabalho temporário regido pela Lei 6.019/74**. 2018. Monografia de Conclusão de Curso – Curso de Bacharelado em Direito – Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, Sérgio Torres; BARROSO, Fabio Túlio. **Os Princípios do Direito do Trabalho diante da Flexibilidade Laboral**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, p. 57-69, 2009.

VARGAS, Lourival. **Estabilidade Provisória da Gestante**. 2008. Monografia de Conclusão de Curso – Curso de Direito – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí (Santa Catarina), 2008.

CAPÍTULO 7

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS COLMATADOS PELOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Henzo Mario dos Santos Silva⁸²
Mariana Diniz Hidalgo⁸³

RESUMO: Com o objetivo de delinear a tônica da construção dos direitos humanos como baluarte do marco civilizatório, o presente artigo é pautado por uma panorâmica análise da historicidade, evolução epistemológica e, especialmente, dos paradigmas contemporâneos colmatados pelos direitos humanos na ordem constitucional brasileira à luz do Estado Democrático de Direito, à medida que desvela hermeneuticamente a luta inarredável dos direitos fundamentais na prestação da jurisdição constitucional na paisagem brasileira, bem como a forma que o Supremo Tribunal Federal interpreta, dimensiona e aplica os direitos humanos na jurisprudência brasileira. Assim, a fim de contribuir para o debate jurídico de direitos humanos, tal artigo se assenta na pesquisa bibliográfica e documental de doutrinárias obras que versam sobre direitos humanos e constitucional.

Palavras-Chaves: Paradigmas Contemporâneos. Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

ABSTRACT: With the aim of delineating the tonic of the construction of human rights as a bastion of the civilization framework, this article is guided by a panoramic analysis of the historicity, epistemological evolution and, especially, of the contemporary paradigms overcome by human rights in the Brazilian constitutional order in the light of Democratic State of Law, as it hermeneutically unveils the unstoppable struggle of fundamental rights in the provision of constitutional jurisdiction in the Brazilian landscape, as well as the way the Supreme Court interprets, measures and applies human rights in Brazilian jurisprudence. Thus, in order to contribute to the legal debate on human rights, this article is based on bibliographical and documentary research of doctrinal works that deal with human and constitutional rights.

Keyword: Contemporary paradigms. Democratic state. Fundamental Rights. Human Rights

1 INTRODUÇÃO

Intolerável perseguição nazista à família de Anne Frank⁸⁴, dos guetos ao campo de concentração de Auschwitz; cristalina denúncia de opressão nos poemas drummondianos⁸⁵, ao hastear “a legenda de que no Brasil ladrão se mata com tiro”, revela a injustificável liquidação – com a mesma “bala que mata gatuno também serve pra furtar a vida de nosso irmão” - do leiteiro que tinha pressa de entregar o pouco leite cujo país tinha muita sede; e, no conto de

82 Discente do curso de Direito da UEMA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9282322938776822>. E-mail: henzomario222@gmail.com

83 Discente do curso de Direito da UEMA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5935535754734816>. E-mail: marianadinizh@gmail.com

84 “A lista de Schindler”, “O menino de pijama listrado” e “O diário de Anne Frank” relatam minuciosamente a tônica, com a empatia e humanidade que lhe são próprios, do Holocausto durante a Segunda Guerra Mundial frente à barbárie dos Estados nazifascistas. Reconhece, assim, o direito a necessidade de construir o Direito Internacional de Direitos Humanos como garantia nuclear a todos os seres humanos. Uma frase de Anne Frank ao mundo, “Como já disse muitas vezes, sou partida em duas, um lado contém minha exuberância, minha petulância, minha alegria na vida e, acima de tudo, minha capacidade de apreciar o lado mais leve das coisas.” (FRANK, 2015, p.368).

85 ANDRADE, Carlos Drummond de. A rosa do povo. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p. 84

Clarice Lispector, à proporção do porquê que doí a morte do facínora Mineirinho, condenado a 13 balas pela desarticulada força policial, nasce um desatinado sentimento de desalento, compaixão de revolta, convulsão e mal-estar somado a “uma justiça que vela meu rosto, eu a repudio, humilhada por precisar dela”⁸⁶. Nessa logística, refletem tais contextos, notadamente, a necessidade de se discutir o júbilo da temática de direitos humanos e seus paradigmas contemporâneos colmatados à lume do Estado Democrático de Direito.

Tecer-se-á, a partir disso, sobre a origem e evolução dos direitos humanos, sua natureza jurídica, seu plano de internacionalização, a interface entre direitos fundamentais e direitos humanos, cláusulas pétreas instituídas doutrinariamente como núcleo irreformável da Constituição (art. 60, § 4º, Lei Fundamental de 1988), além de uma sucinta evolução da experiência do constitucionalismo brasileiro e uma posição de vanguarda que o Supremo Tribunal Federal adotou como pilastra do Estado de Direito e da ordem constitucional no âmbito de direitos humanos com o enriquecimento da narrativa constitucional para a jurisprudência.

Doravante, em tempos de sociedade em rede, fragmentação de fronteiras e constitucionalismo transnacional, é imperioso levar a sério os compromissos firmados pelo Brasil no plano internacional em relação à proteção internacional de direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º), conciliando as instituições estatais e jurisdição doméstica a uma jurisprudência internacional de direitos humanos.

Outrossim, este trabalho enaltece a Declaração de Direitos Humanos apresentada pela ONU em 1948, comemora a aprovação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos com a devida fiscalização dos órgãos dotados de natureza jurisdicional, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional, consoante ao reconhecimento de que o único caminho para o processo civilizatório de toda e qualquer sociedade é a defesa intransigente pelos direitos humanos como garantidora de uma vida digna e honrosa para todos.

2 A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O conceito tradicional de direitos humanos é observado através das correntes jusnaturalista, contratualista e juspositivista. Assim, propõe ela complementar cada uma

86 LISPECTOR, Clarice. Para não esquecer. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

dessas teorias em razão de edificar e garantir a dignidade humana.

Conforme as concepções contemporâneas, existem aspectos filosóficos e sociológicos em que a reflexão é mais válida que a conceitualização. Segundo Hannah Arendt⁸⁷, “os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”. Nesse prisma, reflete-se um constructo axiológico a partir de um espaço simbólico de luta e ação social. Conforme Carlos Santiago Nino⁸⁸, “os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana”. Logo, a ampla definição dos direitos humanos através das suas diferentes acepções e expressões é justificada pela complexidade do tema e decurso do tempo.

Dessa forma, historicamente tais valores que prezam a dignidade humana já existiram em diversos sistemas jurídicos. Assim, a concepção da antiguidade foi feita por Benjamin Constant que traçou paralelos para conceituar a liberdade entre os povos antigos e modernos, ou seja, os iluministas do século XVIII e posteriores pensadores do século XIX. Para Constant⁸⁹, enquanto os antigos julgavam a liberdade sendo a possibilidade de participar da vida social na cidade, os modernos inferiam a liberdade como sendo a possibilidade de atuar sem amarras na vida privada. De acordo com André de Carvalho Ramos⁹⁰, “Essa visão de liberdade na Antiguidade resultou na ausência de discussão sobre a limitação do poder do Estado, um dos papéis tradicionais do regime jurídico dos direitos humanos.”

Em 1789, durante a Revolução Francesa, foi implementada a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual vicejando o nascimento de uma França moderna e garantidora de liberdades e fonte de inspiração para outros movimentos e documentos históricos posteriormente. Esta constituiu a ideia de que todos os cidadãos devem ter garantidos os direitos de “liberdade, propriedade, segurança, e resiliência à opressão”. Portanto, reconhece a lei a vontade geral, em que a intenção da dimensão da igualdade faz parte da sociedade. Para além disso, surgem, no século XIX, os movimentos socialistas que estimulam novos avanços na defesa da igualdade e justiça social sob novas roupagens, inaugurando o Estado Social.

Por fim, em reação às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, a Declaração

87 Apud PIOVESAN, Flávia. Direito humanos e Justiça Internacional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 44.

88 Idem.

89 CONSTANT, Benjamin. A liberdade dos antigos comparada à dos modernos. EDIPRO, 2019.

90 DE CARVALHO RAMOS, André. Curso de direitos humanos. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. p.30.

Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada no dia 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU). Assim, esse documento foi fundamental no estabelecimento de direitos essenciais a todos os seres humanos, configurando uma luta contra quaisquer discriminação por etnia, grupos, gênero, entre outros, simbolizando importantes avanços históricos e civilizatórios para o Direito.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos consistem modernamente em um conjunto básico de direitos, com vocação universal, que todos possuem pelo simples fato de terem nascido humanos. Portanto, é produto de sua natureza a representação de valores essenciais na proteção e promoção da dignidade humana.

Segundo João Baptista Herkenhof (1994, p.30):

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e de garantir.

Assim, dentre as características marcantes, a dignidade da pessoa humana possui caráter multidimensional e individual, ou seja, é multidimensional, pois reúne características singulares do ser humano, como a liberdade, a igualdade, a integridade física e psíquica. Da mesma forma que é individual, pois apesar de ser pertencente a todos, ela é moldada de característica específicas que marcam o contexto sociocultural do indivíduo.

Nessa conjuntura, Hannah Arendt ressalta:

A igualdade é, assim, um construído político da convivência coletiva, baseado na pluralidade dos seres humanos que compartilham a Terra com outros seres humanos. Por isso, o primeiro direito é o direito a ter direitos, o que, antes de mais nada, quer dizer dar a uma pessoa um lugar no mundo por meio do acesso a uma ordem jurídica e política que assegure o “viver numa estrutura onde se é julgado pelas próprias ações e opiniões” (ARENDR, 1989, p. 330).

Dessa forma, episódios de violações e desprezo à dignidade da pessoa humana fizeram com que os indivíduos reconhecessem esses direitos inerentes, “direito a ter direitos”, ao passo que reconheceram que sua transgressão deve ser devidamente punida. Dessa forma, os direitos humanos passaram a ser constitucionalizados, isto é, incorporados ao ordenamento

pátrio na forma de direitos fundamentais, cujos comandos impõe ao Estado a atuação de políticas públicas, ações afirmativas e programas sociais em estreito cumprimento e observância aos preceitos e valores constitucionais.

Assim, conforme a Constituição brasileira de 1988:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

II - prevalência dos direitos humanos;

[...]

VI - defesa da paz;

VII - solução pacífica dos conflitos;

[...]

X - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. (BRASIL,1988, art.4º)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL,1988, art.5º)

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, art.6º)

ADCT/88, Art. 7º O Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos direitos humanos. (BRASIL,1988, art.7º)

Nesse sentido, a positivação dos Direitos Humanos se torna uma imprescindível ferramenta em respeito à dignidade humana, haja vista que consagra direitos fundamentais na ordem constitucional o que configura assento estruturante dos ordenamentos jurídicos nos Estados Democráticos de Direito.

4 INTERNACIONAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A conceitualização de Direitos Humanos é complexa e histórica, em que versa sobre a liberdade, igualdade, razão e dignidade da pessoa humana desde a Antiguidade. Por essa razão, ela é reconhecida nos principais documentos internacionais, muitas vezes inclusive como fundamento de proteção dos direitos, como na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Assim, no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial, em 1948, a internacionalização dos direitos humanos foi essencial e irremediável marco humanitário. Nesse aspecto, em 1945, surgiu a Organização das Nações Unidas, com o intuito de proteger e promover a paz. Logo, através da Comissão de Direitos Humanos, foi criado a Declaração dos Direitos

Humanos, também chamada de “Declaração de Paris”, que explicita o rol de Direitos Humanos aceitos internacionalmente. Na modernidade, o documento é referência para inúmeras leis e tratados em todo mundo, ela considera a dignidade humana e de seus direitos iguais e inalienáveis. Assim, é ordenado em seus trinta artigos: direitos políticos, liberdades civis, direitos econômicos, sociais e culturais.

Infere-se, portanto na Declaração dos Direitos Humanos:

Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, 1945, art.1º)

Artigo 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, 1945, art.2º)

Dessa forma, a carta reafirma o objetivo da ONU de reconhecer os direitos humanos, entendida como espelho do costume internacional de proteção de direitos do indivíduo. Atualmente não existem limitações a essa declaração, já que a sociedade passou a ser formada por diversos tratados multilaterais de Direitos Humanos, como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção contra a Tortura, entre outros.

5 A INTERFACE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS E O CONSTITUCIONAL NÚCLEO IRREFORMÁVEL SOB A PERSPECTIVA DA ALVORADA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Sopesadas tais perspectivas, é patente afirmar que o indivíduo, uma vez inserido numa realidade delimitada pelo tempo, consciente de que é um ser-no-mundo, parte das suas escolhas existências a partir da sua construção identitária em um contexto sociopolítico-histórico, enquanto parte integrante de uma organização política, investido do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e no mesmo pé de igualdade, respeito e consideração entre seus pares.

Cabe destacar, nesta mesma linha humanística, que o direito (*jus dicere*) igualmente carrega os mesmos sentimentos do mundo tal como o confidente itabirano Carlos Drummond de Andrade (2012, p. 9), “tenho apenas duas mãos e um sentimento do mundo, mas estou cheio de escravos, minhas lembranças escorrem e o corpo transige na confluência do amor”, tendo em conta que imerso está entre feras e quimeras, humanas e jurídicas, no sentido de que o direito, em seu bojo, assume um papel de avanço civilizatório frente à sociedade e suas mudanças ao decurso do tempo, desafiando patamares paradigmáticos, desmitificando-os, transmutando-os, ressignificando-os, tanto porquanto ampara relações humanas líquidas, multiculturais e complexas nas reconfigurações da moldura do tempo do direito em gradientes multifacetados, quanto por conferir primazia à ordem institucional do Estado Democrático de Direito, ao arranjo constitucional da República e à unidade de valor intrínseco correlata à justiça humana pela norma.

Até agora, tratou-se de objeções que dizem respeito à subjetivação de uma norma jurídico-fundamental objetiva, cujo objeto imediato é um bem coletivo. Um ponto de vista estrutural de tipo completamente diferente traz ao jogo. Trata-se, do problema, se o reconhecimento de direitos do tipo do direito de recipiente, aqui discutido, significa um ter parte inadmissível nos direitos subjetivos de outros pontos. Isto pois, acha-se que direitos de recipiente estão excluídos, porque de um direito fundamental de liberdade podem resultar direitos subjetivos somente para as pessoas, cuja liberdade individual é concedida. (ALEXY, 2015, p. 215-216)

Paralelo ao exposto, a caminhada que a Constituição da República de 1988 trilhou revela, na alvorada da democracia em plena objeção social e ojeriza histórica ao crepúsculo da ditadura militar, uma dilacerada paisagem brasileira marcada pela violação a direitos humanos, concentração de poder, censura desde liberdade de expressão à de imprensa, exílio político, perseguição aos opositores do regime, tortura, prisões arbitrárias e mortos e desaparecidos.

Adicionado a isso, ainda que avanta-se a vigência das cartas constitucionais durante os Estados de Exceção, é certo afirmar que os dirigentes dos porões da repressão as desconfiguravam, à medida que solapavam direitos fundamentais e asfixiavam as liberdades públicas, até mesmo na hipótese inconstitucional da reforma da Carta de 67 (art. 50, parágrafo

segundo), recorrendo a odiosas edições de atos institucionais que não só a embaraçava, mas principalmente nulificava a existência do ordenamento constitucional ⁹¹.

Em rigor, a verdade é que, à princípio, na história político-institucional do Brasil, não raras vezes se observam-se traços indissimuláveis e indisfarçáveis de condutas autoritárias incompatíveis com a Lei Maior, ora praticadas por elites extrativistas, no contexto de oligarquias, coronelismo, fraude eleitoral e miserabilidade da condição humana em face da dilapidação dos direitos fundamentais, ora governos centralizados que vibravam no arbítrio, editando estado de emergência, decretando recesso das casas legislativas, reprimindo a jurisdição constitucional, suspendendo garantias fundamentais e direitos políticos e opressão a centros de resistência, a revoltas populares e a movimentos estudantis e sociais

Ao revés, em que pese salientar que, ao longo da história brasileira, colheram-se dos arranjos constitucionais importantes avanços como um amplo e generoso ensaio de direitos fundamentais, viabilizado por um viés mais liberal e republicano, a evolução do controle de constitucionalidade, sufrágio secreto e universal, direitos trabalhistas e institutos jurídicos alçados ao patamar de remédios constitucionais – doutrina do Habeas Corpus e criação do Mandado de Segurança -; não se desconhece que o constitucionalismo brasileiro conviveu, por longa data, paradoxalmente e iniquamente com patrimonialismo, subversão dos direitos fundamentais aliado a uma cultura de discriminação e exclusão social de grupos vulneráveis e desprestigiados historicamente⁹².

Bem por isso, suscita-se a ineficácia da ideia do constitucionalismo no país ao longo da história institucional brasileira, não somente em virtude da dissonância entre contenção de poder dos governantes e garantia de direitos dos governados - os quais sofreram os amargos frutos de flagrantes e sucessivas violações de direitos e liberdades, ainda que previstas as

91 O que se observa nos desenhos constitucionais brasileiros durante os Estados de Exceção são a concentração de poder, indevida hipertrofia do Executivo, esvaziamento das competências dos entes federativos, uma vez que sofriam intervenções à luz do dia, e opacidade da aplicação dos direitos fundamentais nos casos brasileiros, coma suspensão dos direitos políticos, cassação de mandatos, suspensão das garantias da magistratura, com a possibilidade de remoção, demissão e aposentadoria de seus agentes e servidores públicos, instituição da censura, cerceamento das liberdades de reunião e associação e suspensão dos HC para os crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, além, decretados durante a Ditadura, dos nefastos atos institucionais. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, p. 145-154, 2019.

92 Assenta-se que o itinerário da História brasileira se nutriu, de forma antagônica, ao lado do princípio da igualdade sob o verniz constitucional desde 1824, à proporção que conviveu com o patrimonialismo, aversão aos direitos fundamentais e escravidão, cujas consequências se prologam no tempo, na cultura e na literatura, sob diversas roupagens e condutas inadmissíveis de preconceito, traduzindo em espaços de segregação racial, de inaceitável violência, desamparo socioeconômico-psicológico e sentimento de não-pertencimento a um sociedade cujos olhos e deletérias crenças os condenam.

garantias fundamentais no diploma legal -, mas porque limitou-se a inaugurar novos regimes políticos, sem, no entanto, efetivar os limites constitucionais delineados aos detentores do poder. Nas palavras dos iminentes professores Cláudio Pereira e Daniel Sarmiento (2019, p. 97):

Mas, se sobram constituições, faltou-nos constitucionalismo. A maior parte das constituições que tivemos não logrou êxito ao limitar de forma eficaz a ação dos governantes em favor dos direitos dos governados. Muitas delas forma um pouco mais que fachadas, que visavam a emprestar uma aparência de legitimidade ao regime, mas que não subordinaram efetivamente o exercício do poder, que se desenvolvia quase sempre às margens. No nosso conturbado processo político, abundam os golpes e desvios em relação às constituições vigentes, com ou sem rompimento formal com elas.

Assim, finalizado o tormentoso período da Ditadura Militar, a Constituição Cidadã de 1988 tem o condão de inaugurar e elevar a República Federativa do Brasil ao patamar de Estado de Direito, baliza os limites do estamento burocrático e apresenta marcas auréolas no que se referem ao ensaio de direitos, garantias e liberdades públicas e fundamentais. Paralelo a isso, a Constituição brasileira de 1988, erguida pelo legislador constituinte na Assembleia Nacional Constituinte em confluência aos mais variados segmentos da sociedade civil, representou a expressão mais intensa da manifestação soberana de uma nação madura e civilizada historicamente, sustentando o exercício legítimo do poder político e, à medida que democratizou o país, estatui, pela sua magnitude solar, a supremacia da Constituição, no sentido de tecer um limite inultrapassável a todos os cidadãos da República.

Nesta mesma linha de raciocínio, é pertinente afirmar que, solenemente promulgado, o estatuto fundamental das liberdades públicas de 1988 consagra em seu âmago bases democráticas informadoras do Estado de Direito fundada na dignidade da pessoa humana, separa os Poderes da República pela tríade do sistema de freios e contrapesos, conjura os objetivos da república tais qual construir uma sociedade livre, justa e solidária, homenageia o sentido democrático, a alternância de poder e o pluralismo de ideias, defende o estado laico, a forma federativa do Estado, veda ao poder público criar distinções entre brasileiros, proíbe diferença de salários por motivo de sexo, garante um ensaio de direitos fundamentais como as liberdades públicas – locomoção, cátedra, de expressão, reunião, associação, imprensa –, devido processo legal e o princípio insuprimível da presunção de inocência, até que sobrevenha sentença penal condenatória transitado em julgado, e pune o discurso de ódio e

qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, entre outros direitos.

Outrossim, é interessante perceber que, notadamente, o ordenamento constitucional, ao fazer referência aos direitos fundamentais, emprega diferentes terminologias aos preceitos jurídicos: direitos humanos” (art. 4º, II, e 7º, CF, Carta da República de 1988), “direitos e garantias fundamentais” (Título II e art. 5º, § 1º, da Lei Maior de 88), “direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI, CF/88), “direitos e liberdades constitucionais” (art. 5º, LXXI, Constituição da República), “direitos fundamentais da pessoa humana” (art. 17, caput, Lei Fundamental de 1988), “direitos da pessoa humana” (art. 34, V, “b”, CRFB/88) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

A bem da verdade, doutrinariamente, é preciso distinguir em duas esferas: os direitos fundamentais e os direitos humanos, em face de que aqueles – direitos fundamentais – referem-se a um arranjo de direitos humanos incorporados ao ordenamento doméstico, isto é, são reconhecidos, definidos e positivados na ótica do direito constitucional delimitado por um Estado; ao passo que este – direitos humanos – aludem a um plano supranacional, cuja validade é universal, uma vez que afiguram-se como posições jurídicas garantidoras ao ser humano, sem delimitação a uma ordem constitucional, alcançando a todos os povos a qualquer tempo.

Tendo em vista esse contexto, é pertinente ressaltar que os direitos humanos militam iniludivelmente pela defesa dos direitos básicos imanentes a todos os seres humanos e, ainda que pese a dissociação a qualquer diploma emanado por um Estado nacional, a Carta Magna de 1988, pelo seu olhar sensível a atento à dinamicidade da vida e à impermanência do tempo, albergou ao mesmo nível de status de emendas constitucionais os tratados e convenções de direitos humanos aprovados, em dois turnos por 3/5 dos votos, pelas Casas do Congresso Nacional (art. 5º, §3º, CF/88), bem como não excluiu dos direitos e garantias fixados pela Constituição outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (art. 5º, §2, CF/88), tornando-os materialmente constitucionais com a mesma aplicação imediata das normas definidoras. Como adverte o ilustre Ministro Roberto Barroso (2017, p.490):

Direitos humanos são uma combinação de conquistas históricas, valores morais e razão pública que, fundados na dignidade da pessoa humana, visam à proteção e ao desenvolvimento das pessoas, em esferas que incluem a vida, as liberdades, a

igualdade e a justiça. E – porque não? – também a busca pela felicidade. São dotados de fundamentalidade material e que têm uma dimensão jusnaturalista, não dependendo, para sua validade, de institucionalização, positividade ou mesmo efetividade social. Eles são, portanto, pré e supraestatais, e funcionam como medidas de legitimidade do próprio ordenamento jurídico do Estado. Não são concebido, mas reconhecidos.

Noutro enredo, é premente convir que, delineado o regime constitucional que vigora no país, os direitos fundamentais e liberdades públicas asseguram às pessoas o acesso a posições jurídicas oponíveis ao poder, sendo historicamente relacionados à atuação como esferas de proteção em face de suas múltiplas roupagens, quer poder estatal, quer econômico, quer social, de forma a repelir interferências indevidas e arbitrárias no âmbito das autonomias individuais e coletivas. Em consonância a isso, inova a Constituição de 1988, posto que não apenas limitou-se a enfrentar a “tradição” da falta de efetividade, como também buscou instituir meios para pavimentar a sua concretização institucional. Como ensina o decano ministro Gilmar Mendes (2012, p.214-215):

A incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais, positivos ou prestacionais, e dos direitos de liberdade

E continua,

São preponderantemente direitos fundamentais individuais, pois garantem esferas de não interferência do Estado no âmbito das autonomias decisórias individuais, mas são exercitáveis mediante a ação garantidora do Estado, o qual deve organizar procedimentos que têm por objetivo instrumentalizar a concreção do exercício dos direitos. Ao reconhecer a importância do conteúdo do direito para a sua classificação, propõe-se que se considere a existência, no âmbito da liberdade negativa (direitos individuais), de dois fenômenos distintos, mas complementares, quais sejam, liberdade do Estado e liberdade no Estado. O primeiro, liberdade do Estado, consubstancia-se nos direitos exercitáveis contra o poder político, os quais têm por escopo impedir interferências indevidas nas esferas privadas dos cidadãos. O segundo, liberdade no Estado, refere-se à participação ativa da pessoa na atividade política, traduzindo os primados de uma sociedade democrática e participativa.

Com efeito, é mister assinalar que é atribuída ao Poder Judiciário a nobre, e muitas da vezes árdua, virtuosa função de guardião dos inestimáveis direitos fundamentais, uma vez que a atividade jurisdicional constitucional se assenta na defesa da Constituição, do Estado de Direito e da República democrática, especialmente no âmbito contramajoritário no que diz respeito à proteção dos minorias, isto é, na defesa dos seus interesses constitucionalmente

protegidos, a fim evitar uma descaracterização e esvaziamento normativo revestidos de inadmissíveis investidas autoritárias à pretexto de estilhaçar e atropelar garantias fundamentais, sob pena de se caminhar para o estado da barbárie e das catacumbas e escombros de um jaz Estado de Direito.

Sem dúvida, debilitar direitos fundamentais, sempre lenta e gradualmente, é uma característica típica de um Estado totalitário por essência, de forma que poucos são aqueles que notam quando uma democracia se degrada, não só porque não há alarme capaz de disparar, assim como porque a “erosão da democracia” é, para muitos, quase imperceptível (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

É preciso advertir, neste ponto, que o regime de governo e as liberdades das pessoas, muitas vezes, expõem-se a um processo de quase imperceptível erosão, destruindo-se, lenta e progressivamente, pela ação usurpadora dos poderes estatais, impulsionados pela busca autoritária de maior domínio e de controle hegemônico sobre o aparelho de Estado e sobre os direitos e garantias do cidadão. (STF, ADI 6.172\DF, Tribunal Virtual, Min. Celso de Mello)

Acentua, com efeito, a importância de que as Constituições funcionam como amarras para conter os abusos e excessos das maiorias, haja vista que, uma vez sem elas, os grupos majoritários anulariam do jogo democrático as minorias bem como sua existência do arranjo institucional. É de assinalar, por isso mesmo, que o inestimável núcleo irreformável de direitos fundamentais⁹³ - que não pode ser abolido, aniquilado ou restringido, nem sequer ser suprimido em contextos de emergências ou calamidades - deve ser resguardado constitucionalmente pelo Poder Judiciário⁹⁴.

6 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO PILASTRA DO ESTADO DE DIREITO E DA ORDEM CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

93 Institui-se núcleo irreformável na constituição as denominadas cláusulas pétreas, isto é, insuscetível de supressão do ensaio de direitos fundamentais sequer mediante proposta de emenda constitucional, insculpido na Lei Maior, art. 60, parágrafo quarto. “Em síntese, a ideia é a de que existem direitos princípios tão essenciais que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles são ‘entrancheirados’ pela Constituição, que os protege até mesmo do legislador democraticamente eleito”. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, p. 25, 2019.

94 A teoria contramajoritária nasce “[...] As constituições, com o objetivo de conter o os excessos da maioria, estabeleceram arranjos institucionais [...]. Sem esses mecanismos de controle, garantidos em constituições providas de supremacia, o Estado de Direito seria colocado em risco” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, p. 24, 2019.

Neste horizonte constitucional, união e sucessão de arranjos homoafetivos, pesquisa de células-tronco embrionárias, interrupção da gestação de fetos anencefálicos, cotas raciais, liberdade de expressão, demarcação de terras indígenas e inconstitucionalidade de qualquer critério baseado exclusivamente na orientação sexual do doador de sangue formam um holístico e necessário panorama jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, epicentro da jurisdição constitucional, a significar preservação do Estado de Direito na perspectiva da Constituição, que versa sobre direitos fundamentais do direito interno à proteção internacional dos direitos humanos, e rima com avanços civilizatórios próprios de mudanças paradigmáticas, cujos diálogos institucionais sobre direitos humanos no âmbito constitucional transcendem.

Ante o exposto, o Supremo Tribunal Federal, criado pela Constituição Federal de 1891 posteriormente no ambiente da Proclamação da República de 1889, localizado no ápice da estrutura do Poder Judiciário, representa atualmente uma verdadeira pilastra da ordem constitucional do Estado de Direito, uma trincheira intransigente dos ourives direitos fundamentais e um monumento protetor das regras do jogo democrático.

É a Suprema Corte do país, por ser a mais alta instância do sistema jurídico brasileiro, e Corte Constitucional, por proferir a última palavra em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais, que desaguam e dela convergem os temas mais sensíveis da sociedade brasileira, sem deixar de lado que é ela, por excelência, o expoente que valora os atos dos demais Poderes da República, por vigorar o controle de constitucionalidade brasileiro, e precipuamente a guarda do ordenamento constitucional de 1988.

Nesse sentido, ao fim da II Guerra Mundial, na Europa, e, no Brasil, no Alvorada da Constituição de 1988, é possível vislumbrar o florescimento do exato momento do fenômeno da ascensão institucional do Poder Judiciário firmado pelo constitucionalismo contemporâneo, fomentando a efervescência dos Tribunais Constitucionais ao redor do globo, centralidade da Constituição no sistema jurídico-positivo e proteção da democracia contemporânea. Este novo fenômeno, de outro lado, traduz-se como resposta ao então “Estado legislativo de direito”, uma vez que correspondia a um modelo que homenageava a supremacia do Parlamento, destacava a vigência de um texto constitucional, cuja incidência dos comandos dependia das instâncias políticas majoritárias, e destituído, ou relegado à irrelevância, do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Como assinala o ilustre Ministro Luís Roberto Barroso em relação ao Judiciário na vida brasileira:

Um dos traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo é a ascensão institucional do Poder Judiciário. [...] No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo, vigora a centralidade da constituição e a supremacia judicial como tal entendia a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais. (BARROSO, 2020, p. 430)

Vale dizer, nesta quadra histórica, que faz parte da narrativa constitucional e concreção à jurisprudência brasileira, fundamentadas pela construção dos direitos humanos de forma comparada pelos tratados e convenções de direitos e pelas decisões dos Tribunais Internacionais, alguns dos importantes julgados, como, por exemplo, o HC 124.306/2016, o qual versava a desconstituição da prisão preventiva e, subsidiariamente, a descriminalização do aborto nos casos de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre da gravidez, tendo em vista que sua leitura incompatível era à luz do texto constitucional por clara lesão a direitos fundamentais das mulheres, como o direito à autonomia, direito à integridade física e psíquica e direitos sexuais e reprodutivos da mulher e o direito à igualdade de gênero.

Interessante perceber, aliado a isso, a lavra do voto da Ministra Rosa Weber que, para enfrentar a temática, debruçou-se à luz do panorama jurisdicional na perspectiva comparada conforme à interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à vida (caso *Artavia Murillo x Costa Rica*), pois, se por um lado proibiu-se às mulheres realizarem fecundação *in vitro*, por outro, estar-se-ia a proibir o aborto, sendo que, de qualquer forma, não se vislumbrava às mulheres o direito da igualdade, autonomia em suas escolhas ou de qualquer direito de ordem normativa. Concedeu-se, assim, descaracterizada a prisão preventiva, a ordem a uma mulher acusada pelo crime de aborto.

Nesta mesma fileira, destaca-se a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 467 em face da Lei 3491 do Município de Ipatinga (MG), a qual pretendia excluir da política municipal qualquer referência à diversidade de gênero e orientação sexual. Nessa linha de raciocínio, diversas são as normas constitucionais e internacionais que vedam qualquer tipo de discriminação, não só os comandos do direito pátrio dos art. 3º, IV, 5º, caput e art. 1, III, todos da CRFB/88, bem como as convenções internacionais das quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1º), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 1º), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 26) e os Princípios de Yogyakarta (Princípios 1 e 2), asseguram a todos os seres

humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos sem distinções de qualquer espécie, além de demonstrar o profundo compromisso da pluralidade, diversidade, igualdade e solidariedade. Nesta seara, a jurisprudência do direito comparado alicerça o direito doméstico na dissolução de mais uma lide.

Outro exemplo é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543, impugnando as normas do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que obstaculizava a doação de sangue de homossexuais e bissexuais por um lapso temporal de 12 (doze) meses.

Contínuo a tais pontos que os ministros do Supremo apontaram uma cristalina discriminação injustificada das normas derivado de um tratamento desigual entre homens que têm relações sexuais com homens e com mulheres, ao ponto de ultrajar o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade perante outros doadores, da autonomia e do reconhecimento identitário individual exercido pela sua livre orientação sexual.

Com isso, angariando a maioria dos votos no Supremo, o ministro Edson Fachin não só fundamentou com base nas normas constitucionais e infraconstitucionais que formam e informam o ordenamento pátrio como também enalteceu que tais direitos são robustecidos no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, na convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e pelos Princípios de Yogyakarta, de forma a fundamentar e suplementar consoante ao plano internacional de direitos humanos. Conforme explica o excelso ministro Edson Fachin em seu laborioso voto condutor:

Tal restrição, consistente praticamente em quase vedação, viola a forma de ser e existir desse grupo de pessoas; viola subjetivamente a todas e cada uma dessas pessoas; viola também o fundamento próprio de nossa comunidade – a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB). [...] É impor que praticamente se abstenham de exercer sua liberdade sexual. A precaução e segurança com a doação de sangue podem e devem ser asseguradas de outra forma, de tal maneira que não comprometa a autonomia para ser e existir dessas pessoas. O fato de um homem praticar sexo com outro homem não o coloca necessária e obrigatoriamente em risco. Pense-se, por exemplo, em relações estáveis, duradouras e protegidas contra doenças sexualmente transmissíveis. Não há em tal exemplo, em princípio, maior risco do que a doação de sangue de um heterossexual nas mesmas condições de relação. No entanto, apenas àquele é vedada a doação de sangue. (STF, ADI. 5.543\DF, Plenário Virtual, Rel. Min. Edson Fachin)

Nessa vertente, é oportuno realçar a efetiva proteção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de direitos fundamentais consubstanciado pelos documentos, tratados e convenções de direitos humanos e pela formação de precedentes da Cortes Internacionais, Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, de forma a enriquecer a narrativa constitucional pela construção e fortalecimento do processo de internacionalização dos direitos humanos numa perspectiva universal.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, explanou-se acerca da fecunda temática sobre os Direitos Humanos, através da ótica constitucional brasileira na contemporaneidade. Assim, diante do exposto, transcendendo os Direitos Fundamentais, apresentaram-se a origem desse direito e sua evolução corroborando para sua internacionalização, tendo como ponto de partida a Declaração Universal dos Direitos Humanos para sua efetivação.

Por conseguinte, é patente que o regime constitucional brasileiro, através da Constituição de 1988 alinhado à internacionalização da DUDH, representa um áureo escudo de proteção em torno dos direitos fundamentais. Assim, o poder judiciário, precipuamente o Supremo Tribunal Federal, é o guardião dos direitos e liberdades, em que o Estado promete defendê-los para que violações aos Direitos Humanos não ocorram.

Por fim, cumpre frisar que o presente artigo, com o olhar inovador e corajoso, ampliou o debate acadêmico alcançando os objetivos propostos. Logo, reafirmando a importância de se ter uma jurisprudência garantista e humanista, ainda que em tempos excepcionais, à medida que se confere primazia aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Razão, Direito e Discurso: Estudos para a filosofia do direito**. Livraria do Advogado. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2020.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Rio de Janeiro, 1988.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6.172/DF**. Tribunal Virtual, Min. Celso de Mello. Brasília, DF. 01 agosto 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ninguem-acima-autoridade-ordenamento1.pdf>. Acesso em: 24 de ago. 2021.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5543/DF**. Tribunal Virtual, Relator: Edson Fachin. Brasília, DF. 03 maio 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 24 de ago. 2021

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n 124.306/rj**. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF. 09 agosto 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 24 de ago. 2021

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. EDIPRO, 2019.

DE ANDRADE, Carlos Drummond. **Sentimento do mundo**. Editora Companhia das Letras, 2012.

DE CARVALHO RAMOS, André. **Curso de direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

DE OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach. **NORBERTO BOBBIO: teoria política e direitos humanos**. Revista de Filosofia Aurora, v. 19, n. 25.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1994.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direito humanos e Justiça Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PRETI, Bruno Del Preti; LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos**. Editora JusPodvim. 2020. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/f75fca74e2f9e9135c109e0f8365bda6.pdf>. Acesso em: 1º ago. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CAPÍTULO 8

A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO SUSTENTÁVEL EM CONTEXTO DE AMEAÇA À DIREITOS FUNDAMENTAIS DIFUSOS: licenciamento ambiental e meio ambiente ecologicamente equilibrado à luz do princípio do não retrocesso

Isabella Maria Costa Ericeira Chaves⁹⁵
 Maria Emília Costa Carvalho⁹⁶

RESUMO

A temática abordada no presente artigo tem por escopo aprofundar a discussão em torno dos eventuais desdobramentos do Projeto de Lei 3729/04, atualmente aguardando apreciação pelo Senado Federal, e que, em sendo aprovado, promoverá uma mudança de paradigma ao propor uma nova Lei de Licenciamento Ambiental no Brasil. Nesse contexto, busca-se levantar reflexões sobre a possibilidade de composição de um Estado Sustentável instrumentalizado calcado no fortalecimento do instituto do Licenciamento Ambiental e da observância ao Princípio do Não Retrocesso. Conclui-se, a partir da análise atinente à natureza Fundamental do Direito ao Meio Ambiente Equilibrado, que o referido PL caso aprovado representaria retrocesso em diversos de seus dispositivos, de tal modo que, faz-se imprescindível uma melhor harmonização de interesses e consultas com diversos setores da sociedade, em especial com as populações tradicionais e povos originários, de modo extensivo. Acerca da metodologia utilizada, foi empregada abordagem qualitativa, de natureza exploratória, através de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-Chaves: Direito Fundamental; Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado; Licenciamento Ambiental; Proibição ao Retrocesso; PL 3729/04.

ABSTRACT

The theme addressed in this article aims to deepen the discussion around the possible consequences of the Bill 3729/04, currently awaiting appraisal by the Federal Senate, and which, if approved, will promote a paradigm shift by proposing a new Law of Environmental Licensing in Brazil. In this context, it seeks to raise reflections on the possibility of creating an instrumentalized Sustainable State based on the strengthening of the Environmental Licensing Institute and the observance of the Non-Retrogression Principle. It is concluded, from the analysis regarding the Fundamental nature of the Right to a Balanced Environment, that the referred PL, if approved, would represent a setback in several of its provisions, in such a way that is essential a better harmonization of interests and consultations with various sectors of society, especially with traditional populations and native people, in an extensive way. About the methodology used, a qualitative approach was used, of an exploratory nature, through bibliographical and documentary research.

Keywords: Fundamental Right; Ecologically balanced Environment; Environmental Licensing; Prohibition of retrocession; Bill 3729/04.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do estudo realizado no presente trabalho reside em apresentar uma perspectiva acerca da fundamentalidade do Direito à um meio ambiente ecologicamente equilibrado e o manejo de sua concretização pelo poder público. Nesse sentido, busca-se trabalhar algumas temáticas que lhe são correlatas na atualidade, como o Projeto de Lei

95 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão – UEMA. E-mail: <isabellamkeys@hotmail.com>

96 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão – UEMA. E-mail: <emillimc14@hotmail.com>

3729/04, objeto de amplos debates pela simplificação do procedimento de Licenciamento Ambiental; O princípio de vedação ao retrocesso ambiental; E por óbvio, o processo de Licenciamento Ambiental em suas fases, tal como se apresenta hoje.

Para esmiuçar o tema de forma adequada a sua complexidade, foram elaborados quatro capítulos:

O primeiro versa como preambular, para que seja compreendida a faceta de Direito Fundamental atrelada ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, constitucionalmente consagrada, de modo a se demonstrar como a inserção desse no rol de Direitos Fundamentais de terceira geração guarda compatibilidade com sua característica Transindividual.

No segundo, procede-se à uma avaliação acerca do procedimento de Licenciamento, em suas configurações atuais, a fim de situar o referido instituto em contexto normativo. Nesse cenário destaca-se a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e que consagrou o licenciamento ambiental como instrumento de sua política (art. 9º, IV) e a Resolução nº 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que conceituou o Licenciamento Ambiental como procedimento administrativo com caráter preventivo de proteção ambiental.

No terceiro capítulo, aborda-se de modo geral o Projeto de Lei 3729, que está em andamento no congresso, rumo ao senado, em fase final de tramitação, e que, se aprovado, representará uma mudança de paradigma no tocante à emissão da licença ambiental para empreendimentos e projetos, motivo pelo qual é alvo de muitas críticas de variados setores ligados à causa ambiental e até mesmo de ex ministros do meio ambiente. Discute-se, assim, se o PL não iria apresentar desafios à devida efetivação ao Direito à um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, culminando num cenário de retrocesso ambiental e favorecendo atos ilícitos.

Por fim, no quarto capítulo, discute-se a relevância da construção de um Estado Sustentável, que maximize a efetivação do Direito à um Meio Ambiente Equilibrado e sadio, calcado tanto no mecanismo do Licenciamento, quanto no Princípio de vedação ao retrocesso. Tendo em vista a necessidade de concretude de Direitos Fundamentais para que seja pavimentado o ‘caminho’ da dignidade humana plena, há que se ater ao diálogo entre todos e a preservação de conquistas já efetivadas.

Buscou-se realizar um estudo através de pesquisa básica, por método dedutivo, tendo sido realizadas pesquisas bibliográficas e documentais, e valendo-se de referenciais teóricos a partir de doutrinas e jurisprudência.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

No que tange à conceituação atinente à Direito Fundamental, Silva (2005, p.178), dispõe:

[...] é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados (SILVA, 2005, p. 178).

Dentro do conceito apresentado, importa destacar a pertinente observação feita pelo autor no que tange à necessidade de serem aqueles Direitos denominados Fundamentais, concretizados e viabilizados materialmente, não apenas em sentido formal, no plano ideal, do ‘ser’.⁹⁷

A partir dessa perspectiva, faz-se relevante pontuar algumas considerações acerca da evolução dos Direitos Fundamentais desde seu reconhecimento (origem) até a consagração do que se convém chamar de ‘Meio Ambiente ecologicamente equilibrado’, como Direito Fundamental.

Importa relacionar, portanto, o contexto histórico –social de eclosão de Direitos do homem, por assim dizer, datado em seus primeiros passos, no século XVIII, com o desenrolar da Revolução Francesa, momento em que os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade desencadearam movimentos reivindicatórios por uma postura ativa do Estado a fim de possibilitar a coincidência entre os princípios recém-mencionados às chamadas gerações de direitos (BONAVIDES, 2004, p. 563).

Dessa forma, aduz Sarlet (2012, p. 260) serem representativos da categoria de direitos de primeira geração, direitos civis e políticos, exemplificados pela liberdade, pela

⁹⁷ O ser é um fato real, e o dever-ser por sua vez é um fato real que possui significado perante a norma jurídica de tal forma que adquire juridicidade. O dever-ser é a conduta que se adéqua ao prescrito na norma, que esta determina como sendo uma permissão, faculdade, competência ou obrigação (KELSEN, 2000, p. 18).

propriedade e pelo voto, a revelar uma íntima correlação com a Democracia e com o Estado Liberal de Direito.

Todavia, contudo, as referidas conquistas se apresentavam de modo muito pouco robusto no mundo concreto, advinda daí a necessidade de novamente se reivindicar atuação ativa do estado, dessa vez em prol social, razão pela qual, Bonavides (2004, p. 563-564), entende que os direitos em comento dominam o século XX do mesmo modo que os direitos da primeira geração dominaram o século XIX.

Diferentemente da primeira geração, os direitos de segunda geração reclamam uma atuação positiva do Estado. A este, incumbe a tarefa de assegurar aos indivíduos direitos a prestações, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., o que revela a transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2012, p. 261).

Uma mudança de paradigma se impõe novamente, após as conquistas decorrentes dos movimentos constitucionalistas até então ocorridos, outrossim em vistas à atender as novas demandas e anseios sociais de seu tempo, surge a necessidade de se positivar fundamentalmente novos Direitos, considerando o contexto bélico em que o mundo havia se inserido em decorrência das grandes guerras mundiais. Sobre o tema, contextualiza com clareza Sarlet (2007, p.58):

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p.58).

Nesse panorama, passam a vir à tona os direitos de fraternidade ou solidariedade, como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida (SARLET, 2012, p. 262). Á respeito do contexto histórico vivenciado de modo a propiciar essa nova onda de reconhecimentos, é pertinente o comentário de Marmelstein (2016. p. 50)

Ao lado da constitucionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana que ocasionou o surgimento dos direitos fundamentais, tem havido, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, um movimento mundial em favor da internacionalização desses valores, com base na crença de que eles seriam universais. Em razão disso, é cada vez mais frequente o aparecimento de tratados internacionais, assinados por inúmeros países, proclamando a proteção internacional de valores ligados à dignidade da pessoa humana e buscando a construção de um padrão ético global. É nesse contexto que surgem, dentro da classificação de Karel Vasak, os direitos de terceira geração, fruto do sentimento de solidariedade mundial que brotou como

reação aos abusos praticados durante o regime nazista. Esses novos direitos visam à proteção de todo o gênero humano e não apenas de um grupo de indivíduos (MARMELSTEIN, 2016, p. 50).

A partir da constatação de que, com a virada do século, exurgem anseios de efetivação de direitos coletivos, esses são revestidos pela característica da titularidade transindividual (coletiva ou difusa), vez que seu destinatário, mais que um grupo ou estado, passa a ser o gênero humano como um todo (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Nessa lógica, o momento que marca o processo de conscientização acerca do Meio ambiente equilibrado como Direito Fundamental, se dá com a Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente Humano, ocorrida na cidade de Estocolmo em 1972, momento em que foi deliberado que o desenvolvimento econômico devia estar atrelado ao desenvolvimento sustentável. Assim também concorda Silva (2007, p 69-70), que argumenta a importância da Conferência de Estocolmo ao 'abrir caminho' para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

A constitucionalização do Direito Transindividual do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, no Brasil, à seu turno, sobreveio prestigiada ainda no Séc. XX, com a promulgação da Constituição de 1988, a qual veio concretizar na legislação interna o status de norma fundamental atinente ao Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, vide o caput do Artigo 225, *verbis*

[...] Art. 225 da CRFB/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar (BENJAMIN, 2007, p. 76-77).

Ainda, a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro em 1992, por sua vez, deu-se um enfoque ao caráter de urgência para que fossem elaboradas estratégias contundentes de modo a fazer os

Estados se comprometerem com a causa ambiental, nesse contexto, relevante para este estudo é o apontamento realizado no princípio 11 da declaração⁹⁸ aprovada naquele.

Princípio 11: Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente. As normas ambientais e os objetivos e prioridades em matérias de regulamentação do meio ambiente, devem refletir o contexto ambiental e de desenvolvimento às quais se aplicam. As normas aplicadas por alguns países podem resultar inadequadas e representar um custo social e econômico injustificado para outros países, em particular os países em desenvolvimento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992).

Hodiernamente, o Supremo Tribunal Federal possui um rol de julgados acerca do tema, e calcando-se no texto constitucional, possui entendimento consolidado quanto ao caráter fundamental do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por conseguinte, faz-se relevante mencionar o comentário do Ministro Celso de Melo, relator no Mandado de Segurança 22164/SP, julgado cabal sobre o tema, datado de 1995, *verbis*

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. [...] Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexecutabilidade (BRASIL, STF, MS 22164 SP).

Tem-se, dessa forma, um Direito, uma prerrogativa jurídica que se expande de modo a contemplar toda a sociedade, representando, nos dizeres de Canotilho (2007, apud FENSTERSEIFER, 2008, p. 199) tanto um direito, *como um dever*, o que implica a necessidade de se ultrapassar a euforia do individualismo dos direitos fundamentais e de se radicar uma comunidade de responsabilidade de cidadãos e entes políticos perante os problemas ecológicos e ambientais.

Nessa perspectiva, faz-se imprescindível tratar acerca da relação estabelecida entre homem/natureza, pelas denominadas ‘comunidades tradicionais’. Populações que, nos dizeres de Barreto Filho (2001, p. 18-19), são caracterizadas, *verbis*

98ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wpcontent/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>

- (a) por sua relação particular com a natureza, traduzida num corpo de saberes técnico e conhecimentos sobre os ciclos naturais e os ecossistemas locais de que se apropriam; (b) pelo fato desses ecossistemas representarem, em muitos casos as derradeiras amostras e remanescentes globais de ecossistemas críticos e frágeis; e (c) por situarem-se relativamente à margem da economia de mercado formador de preços, organizados em sistema de produção baseado na organização familiar e orientados para a subsistência e num modelo de uso de recursos naturais intensivo em trabalho e, supostamente de baixo impacto (BARRETO FILHO, 2001, p. 18-19).

Notadamente, parcela considerável da população, com dados do Plano Nacional de Cultura⁹⁹, estimando serem 4,5 milhões de famílias pertencentes à 26 povos e comunidades tradicionais, entre indígenas, quilombolas, pescadores artesanais, extrativistas, ribeirinhos, ciganos (...) com culturas e meios de organização distintos, estes estabelecem usualmente uma relação harmônica (de baixo impacto) com a natureza. Além disso, sua forte dependência dos recursos naturais, sua estrutura simbólica, os sistemas de manejo desenvolvidos ao longo do tempo e, muitas vezes, seu isolamento, fazem que elas possam ser parceiras necessárias aos esforços de conservação (DIEGUES, 2000, p. 8).

Assim sendo, infere-se que o uso adequado dos recursos naturais, respeitando as particularidades do solo, bem como de todo o conjunto integrado de ‘vida’ que lhe acompanha: fauna e flora, assim como a estreita relação com povos originários e comunidades tradicionais, ao tempo em que concomitantemente tenta-se não obstar o crescimento econômico e o progresso social em todas as suas matizes; Constitui o grande desafio da gestão ambiental na contemporaneidade, materializado constitucionalmente a partir da concretização do status de Direito Fundamental conferido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL: CONCEITO

Seguindo nesta esfera, surge a necessária figura do licenciamento ambiental como um instrumento de prevenção e fiscalização das atividades humanas que interferem diretamente nas condições ambientais. O Licenciamento ambiental possui definição no art. 2º, I, da Lei Complementar n. 140/2011, onde segundo esta é:

⁹⁹ Meta 06 – 50% dos povos e comunidades tradicionais e grupos de culturas populares que estiverem cadastrados no Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) atendidos por ações de promoção da diversidade cultural. PLANO NACIONAL DE CULTURA. Ministério do Turismo, 2019. Disponível em <<http://pnc.cultura.gov.br/2017/07/29/meta-6/>>

I - licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (BRASIL, 2011).

A Lei Complementar n. 140/2011 é uma das bases legais mais importantes do licenciamento, abordando principalmente sobre a cooperação entre os entes federativos na defesa do meio ambiente.

Por conseguinte, o licenciamento ambiental avalia, permitindo ou não, o funcionamento destas atividades possivelmente nocivas e para tanto faz uso da Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) como suporte nas suas tomadas de decisões.

É tido como principal instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6938/81, a qual dispõe no art. 10:

Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental (BRASIL, 2011).

A Resolução nº 001/86 e nº 237/97 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) também são importantes dispositivos na definição e regulação do processo licenciamento, visto que tratam, respectivamente, sobre a elaboração de EIA (Estudo de Impacto Ambiental) e RIMA (Relatório de Impacto Ambiental) no processo e orientações sobre o procedimento, sendo esta última considerada como a principal reguladora deste instrumento. O licenciamento ambiental é conceituado artigo 1º da Resolução nº 237/97 e possui exigência legal em seu artigo 2º:

Art. 1º. O procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Art. 2º. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como os empreendimentos capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão ambiental competente, sem prejuízo de outras licenças legalmente exigíveis (BRASIL, 1997).

Insta ressaltar a relevância desta disposição legal para conciliar a relação homem/natureza, contribuindo diretamente na promoção da sustentabilidade, uma vez que o projeto que seja realizado sem a licença ou autorização constitui crime ambiental.

A Resolução 237/97 traz ainda uma lista exemplificativa de empreendimentos que estariam sujeitos ao licenciamento ambiental: mineração, indústrias, obras civis, serviços de utilidade, transporte, terminais, depósitos, complexos turísticos, atividades agropecuárias e outras que façam uso dos recursos naturais. Porém, qualquer outra atividade capaz de provocar alguma alteração, positiva ou negativa, no meio ambiente também deve ser submetida ao licenciamento.

A responsabilidade para conceder o licenciamento é dos órgãos ambientais, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), e também do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), órgão executor do SISNAMA, quando os projetos são grandes, de impacto regional ou nacional, afetando dois ou mais estados; também quando ultrapassam o território nacional ou sejam de base militar e ainda quando são de material radioativo ou utilizem energia nuclear. A competência para licenciar pode ser tanto da esfera federal, quanto estadual ou municipal, devendo cada empreendimento ser licenciado por apenas um destes entes.

No que pese ao processo do licenciamento ambiental aplicado atualmente, este possui três etapas principais, cada uma resultando em uma modalidade de licença ambiental: prévia, de instalação e de operação. Estas podem ser emitidas ao longo das fases do procedimento, enquanto as autorizações ambientais, licença única e licença simplificada poderão realizar todas essas etapas ao mesmo tempo. O procedimento tem início com o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, encarregado de viabilizar o projeto, prosseguido pela licença prévia.

A licença prévia é a primeira licença ambiental a ser obtida pelo interessado, devendo ser solicitada na fase de planejamento da implantação, alteração ou ampliação do empreendimento, sendo responsável por atestar a viabilidade ambiental da concepção, fixar a localização e estabelecer os requisitos básicos e condicionantes para as demais fases, porém não autoriza sua instalação.

Ainda nesta fase, serão exigidos do empreendedor os estudos ambientais para análise e possível deferimento. Em casos de obras com riscos significativos de impactos ambientais, o responsável deve apresentar o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e o Relatório de Impacto Ambiental (RIMA). Estes estudos devem conter um diagnóstico completo, objetivando a transparência em todos os trâmites do processo.

Caso as diretrizes da licença prévia forem cumpridas, na sequência o interessado deve requerer a licença de instalação, atribuída de conceder a autorização para instalação do

empreendimento, atividade ou obra, verificando se está em consonância com as condições constantes nos planos, programas e projetos previamente aprovados, em especial as medidas de controle ambiental. Esta licença deve ser analisada de forma bastante criteriosa, visto que após a concessão do direito, a construção será iniciada.

A licença de operação, por fim, autoriza o início do funcionamento da atividade instalada. O empreendimento está pronto para funcionar e essa licença terá como função reger a operação da atividade. É a licença mais importante e específica do processo, visto que homologa as anteriores. Desta forma, ela apenas deve ser concedida após uma minuciosa vistoria das obrigações impostas para verificar se estão sendo atendidas. Caso concedida, o responsável fica sujeito a seguir com tais medidas, sob pena de ter a licença suspensa ou cancelada pelo órgão competente.

4 LEI GERAL DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL: A PROBLEMÁTICA DO NÃO LICENCIAMENTO

Em que pese o licenciamento ambiental demonstre ser ferramenta de relevância ímpar na Política Nacional de Meio Ambiente, no intuito de eliminar ou minimizar expressivamente eventuais danos provocados por obras e empreendimentos, a fim de viabilizar um cenário de coexistência plena entre o homem e a natureza, ao mesmo tempo em que almeja promover desenvolvimento em todas as esferas do país, este tem sido negligenciado, à medida em que projetos de lei nocivos à compreensão de meio ambiente ecologicamente equilibrado ainda encontram guarida no Congresso Nacional.

Reforçando o supracitado, o PL 3729/04, que visa impor um marco temporal ao licenciamento ambiental, no intuito de constituir uma Lei Geral de Licenciamento Ambiental, tem por objetivo alterar o arcabouço normativo que rege o procedimento de modo a flexibilizar e até mesmo extinguir sua obrigatoriedade em determinadas circunstâncias, encontrando-se atualmente em fase final de tramitação no Congresso, restando apenas sua análise e aprovação pelo Senado Federal para que entre em vigor¹⁰⁰.

Dentre as disposições do Projeto de Lei 3729, consta extensa lista de dispensas para licenciamento ambiental, indo desde obras de distribuição de energia elétrica com baixa tensão, de saneamento básico, de manutenção em estradas e portos, que sejam consideradas

100 PL3729/2004. Inteiro teor. Portal da câmara, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>.

de porte insignificante pela autoridade licenciadora, passando pela construção de barragens de pequeno porte para fins de irrigação, até atividades agropecuárias específicas, tais como o cultivo de espécies de interesse agrícola, temporárias, semiperenes e perenes; pecuária extensiva e semi-intensiva; pecuária intensiva de pequeno porte; E pesquisa de natureza agropecuária que não implique risco biológico, desde que o proprietário da propriedade apresente documento regular no Cadastro Ambiental Rural (CAR).¹⁰¹

O texto ainda consagra modalidades de licença ambiental questionáveis, tais como a Licença por Adesão e Compromisso (LAC), idealizada para uso em atividades e obras de baixo e médio risco ambiental, entre as quais a mineração inslusa, emitida via internet por meio autodeclaratório, e sem qualquer análise ou avaliação de órgãos ambientais; Já a Licença de Operação Corretiva, permite que empreendimentos sejam iniciados irregularmente para somente na posteridade buscarem regularização.

Ainda, quando o empreendimento confranger unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento ('zona tampão'), o licenciamento não precisará mais da anuência do órgão responsável por sua administração, dispensando documento fundamental no processo de licenciamento, qual seja, Estudo de Impacto Ambiental, representando verdadeiro 'afrouxo' sem precedentes na legislação ambiental, outrora pensada para minimizar os impactos negativos da ação humana ao restringir ações com potencial destrutivo ao meio ambiente equilibrado.

Nesse sentido a Resolução CONAMA nº 1, de 23 de janeiro de 1986, dispõe

Art. 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização do projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade (BRASIL, 1986).

101 Idem.

Sob alegações de evitar “cega burocracia”, segundo o Deputado Neri Geller¹⁰², um dos autores da PL, o projeto traz ainda a licença ambiental única (LAU), através da qual, apenas em uma etapa será analisada a instalação, a ampliação e a operação de atividade ou empreendimento, além de condicionantes ambientais, inclusive para a sua desativação.

Em paralelo à situação de favorecimento de obras e atividades passíveis de causar danos ambientais, a PL também ameaça territórios indígenas e quilombolas ao eliminar a exigência de análise de impacto (Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental) e medidas de prevenção de danos em Terras indígenas não demarcadas e sob Territórios quilombolas não titulados.

Reforçando a tese de que a PL irá facilitar arroubos e danos permanentes ao ecossistema natural, e à sociedade como um todo, nove ex-ministros do meio ambiente assinaram uma carta pública¹⁰³ contrária ao PL 3729, alegando que a nova proposta, chamada pelos últimos de "Projeto de Lei Geral do NÃO-Licenciamento", diminui a vinculação à diretrizes de segurança ambiental, agradando apenas grupos minoritários, tais quais a bancada ruralista, setores do empresariado, proeminentes construtoras e agropecuaristas, que por sua vez, defendem o atraso ao retardar o desenvolvimento sustentável no país.

Dentre os graves problemas que distorcem e fragilizam um dos principais instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, o Substitutivo ora comentado abre uma série de exceções ao licenciamento de inúmeras atividades econômicas e à aplicação de instrumentos fundamentais para o licenciamento de forma a praticamente criar um regime geral de exceção ao licenciamento, com forte ênfase ao auto licenciamento, uma novidade até então sequer debatida com a sociedade. O texto divulgado, conforme os problemas apontados no anexo a esta carta, se for a votação sem um amplo e responsável debate com a sociedade, deve aumentar a insegurança jurídica e a judicialização do licenciamento ambiental em todas as esferas (federal e estaduais), aumentar o risco para os necessários investimentos e, portanto, fulminar com o propósito principal perseguido por este projeto, qual seja, criar ambiente de negócios favorável para superarmos o quanto antes a gravíssima crise econômica que assola o País, em consequência da inepta gestão da pandemia pelo atual governo federal. (MINC, C. et al, 2021, np)

102 Câmara aprova novas regras para o licenciamento ambiental. Agência Câmara de Notícias, 2021. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/758863-camara-aprova-novas-regras-para-o-licenciamento-ambiental/>>

103 MINC, C. et al. Projeto de Lei Geral do NÃO-Licenciamento Ambiental promove insegurança jurídica e ameaça agravar a crise econômica Brasileira. Mai. 2021. Carta. Disponível em < <https://cdn.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2021/05/carta-exministros-mma-pl-3729-subs.-neri-geller-vfinalrevisada-10maio.pdf> >

Para Maurício Guetta¹⁰⁴, consultor jurídico do ISA - Instituto Socioambiental, uma das entidades e organizações dentre as quais manifestaram repúdio pelo Projeto de Lei, o PL não atende à proteção ambiental, nem a proteção dos direitos das populações impactadas por empreendimentos, especialmente em relação a sua saúde, e muito menos aos interesses empresariais, asseverando que a insegurança jurídica será tamanha que não haverá investimento seguro no Brasil.

Não obstante o descaso apresentado para com as populações que serão impactadas diretamente pelas obras pós marco do licenciamento, e perceptível que a aprovação do PL encarece o debate com setores da sociedade civil, tendo sido alvo de críticas pela rapidez de tramitação, realizada em caráter de urgência¹⁰⁵.

É passível a conclusão de que, consideradas as alegações embasadas e o modo como tem se desenrolado a tramitação do Projeto de Lei até então, com pouco ou nenhum debate público, que o desmonte político ambiental tem galgado espaço no legislativo brasileiro, em paralelo à negligência para com um princípio basilar: a Proibição ao Retrocesso.

Barroso (2008, p. 158-159), oferece interessante reflexão acerca do referido princípio:

Por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação (BARROSO, 2008, p. 158-159).

5 A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO SUSTENTÁVEL INSTRUMENTALIZADO: LICENCIAMENTO AMBIENTAL E VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Imperioso frisar, em relação ao princípio do não-retrocesso, que, as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que podem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares (ROCHA, 1999, p. 23-48).

104 PL 3729: O fim do licenciamento ambiental?. EcoDebate, 2021. Disponível em <<https://www.ecodebate.com.br/2021/05/26/pl-3729-o-fim-do-licenciamento-ambiental/>>

105 PL3729/2004. Inteiro teor. Portal da câmara, 2021. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161>>.

Ora, configurado o retrocesso a partir da notável diminuição da efetividade de uma norma X, em comparação à grau alçado anteriormente, essa por meio de análises comparativas entre realidades normativas (AYALA, 2012, p. 236), mormente aferindo-se o limite de aplicação (SARLET, 2015, p. 472) do princípio através de estrita proteção do núcleo essencial do Direito em tese, verifica-se uma situação de intrincada conjuntura, mas que, ante o dever imposto constitucionalmente de proteção e efetivação de Direitos Fundamentais, apresenta contornos claros.

A proibição de retrocesso, do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, opera, portanto, como um limite aos limites dos direitos fundamentais, porquanto parte do pressuposto de que toda e qualquer intervenção restritiva no âmbito de proteção de um direito fundamental carece não apenas de uma justificação (e mesmo legitimação) enraizada na própria Constituição Federal, como também enseja um rigoroso controle de sua compatibilidade com o marco normativo constitucional e do Direito Internacional dos direitos humanos (SARLET, 2016).

Desse modo, dessarte a necessidade de compatibilização entre crescimento econômico e crescimento sustentável, há que se ter em mente sempre a necessidade de se salvaguardar os núcleos essenciais dos Direitos Fundamentais em jogo, sob pena de incorrer em situação de inconstitucionalidade ao se flexibilizar ou cercear normas de caráter protetivo já anteriormente sancionadas. Nessa mesma esteira, assevera Sarlet:

Com efeito, a proibição de retrocesso significa em primeira linha que toda medida que diminua a proteção do ambiente deva ser presumida (relativamente) inconstitucional, salvo preenchidos um conjunto de critérios e que, sempre analisados à luz das circunstâncias do caso, ensejam um juízo de inconstitucionalidade acompanhado da correspondente sanção. (SARLET, 2016, p. 197)

Ademais, sobre o tema, Milaré (2006, p. 21), discorre que, para compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento, deve-se considerar problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo às demandas da natureza e do desenvolvimento, ao considerar suas inter-relações específicas em cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma determinada dimensão espaço/tempo. Ou seja, embora a efetivação do Direito ao Meio Ambiente seja de cunho global, na lógica dos Direitos de terceira geração, esse impõe um manejo contextualizado à população na qual está inserido.

Isso posto, deveras constituindo o Meio Ambiente Equilibrado parte intrínseca à dignidade humana em sua completude, de tamanha relevância que se torna indispensável sua tutela em um patamar sempre superior ou igualável ao mínimo exigido à uma vida salutar, esse precisa se ater de modo categórico ao princípio da proibição ao retrocesso.

De igual modo, maximizar a efetividade do Direito Fundamental à um Meio Ambiente Equilibrado, implica, necessariamente, pelo processo de preservação de conquistas já efetivadas, tais representadas, em contexto de Política Nacional do Meio Ambiente, pelo procedimento de Licenciamento Ambiental. À respeito da relevância do instituto em que pese a ingerência da Administração Pública, dimensiona Antunes (2005, p 103-104), com clareza

As intervenções sobre o meio ambiente estão submetidas ao controle do Poder Público, mediante a aplicação do poder de polícia. O mais importante dentre todos os mecanismos que estão à disposição da administração para a aplicação do poder de polícia ambiental é o licenciamento ambiental. Através dele, a Administração Pública estabelece condições e limites para o exercício das atividades utilizadoras de recursos ambientais (ANTUNES, 2005, p. 103-104).

Configurado, pois, como o mecanismo de maior expressividade à termos de preservação do Meio Ambiente, o Licenciamento Ambiental, tal como se apresenta atualmente, demonstra ser ferramenta ímpar para que seja viabilizado o devido manejo de atividades potencialmente danosas ao Meio Ambiente, de modo a se dirimir eventuais catástrofes e a propiciar uma relação harmônica entre a natureza e o homem.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Parte-se do pressuposto de que o Meio Ambiente, como meio auto gerível e abundante em recursos, exige, diante da necessidade cada vez mais pungente de se propiciar desenvolvimento econômico, de modo condizente com o estágio de conhecimento científico vigente, uma proteção aprimorada no que tange à capacidade de se garantir o Direito à um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado, tendo em vista, segundo Marchesan (2007, p. 57-58), caber ao Poder Público intervir nas atividades privadas em defesa do meio ambiente, condicionando o seu exercício a obrigações em busca de desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que, a aprovação do PL 3729 corroboraria sobremaneira para uma situação de insegurança jurídica e de imprevisibilidade, ante o Direito- Dever previsto constitucionalmente ao Estado e a todos os indivíduos face à um Direito de caráter Transindividual. Nessa lógica, é possível notar que foram esvaziados alguns

caracteres adstritos à natureza Fundamental do Direito em questão, como historicidade (evolução histórica) e máxima efetividade.

Embora revestida de caráter progressista, ao diminuir a burocratização e simplificar procedimentos tem-se excessiva flexibilização aos mais diversos projetos, indo desde atividades agropecuárias até construção de barragens e manutenção de estradas, restrição de estudos de impacto apenas às áreas de influência direta da obra e anuência à implementação de obras na zona de amortecimento de unidades de conservação, ao tempo em que permite que o CAR (Cadastro Ambiental Rural) assuma forma de licença ambiental e permite a emissão de licenças simplificadas sem quaisquer tipo de análise.

Também, é cediço considerar a exposição periclitante a qual estariam dispostas as comunidades tradicionais e os povos originários, populações em situações mais delicadas, minorias, cujas quais durante todo procedimento cujo escopo possa afetar-lhes mais diretamente, e, em sendo esse de interesse público, geral, devem participar. Exsurge, assim, a consulta pública com lideranças dessas comunidades como fator significante.

Em que pese as exigências dos setores industriais por regras claras e maior agilidade ao procedimento de licenciamento, não se apresenta razoável o extenso desmonte e a descaracterização, quase que por completo, do referido instituto. Assim, parece o caminho mais acertado defender uma melhor harmonização de interesses, através de discussões amplas com todos os setores da sociedade, de modo a não se oportunizar cenário de retrocesso.

Por fim, cumpre salientar que é a concretização de Direitos Fundamentais, sejam reconhecidos princípios ou não, que garante o respaldo da dignidade humana (SARLET, 2015, p. 448), à medida em que são aqueles que certificam aos indivíduos, serem esses sujeitos de Direitos inerentes à natureza humana, de modo a ensejar qualidade de vida e bem estar social. Nesse diapasão, o Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado atua com papel de máxima relevância, demandando ao Estado uma atuação protetiva como meio de se viabilizar um mínimo existencial ecológico a todos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, P. B. **Direito Ambiental**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 1126 p.

AYALA, P. A. **Direito fundamental ao meio ambiente e a proibição de regresso nos níveis de proteção ambiental na Constituição brasileira**. In: BRASIL. Congresso. Senado Federal. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle.

Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília. 2012. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242559>> Acesso em: 20 ago. 2021.

BARRETO FILHO, H. T. **Populações Tradicionais: Introdução à Crítica da Ecologia Política**. In: ADAMS, C. et al. *Sociedades Caboclas Amazônicas: Modernidade e Invisibilidade*. São Paulo: Annablume, 2006. p. 109-144.

BARROSO, L. R. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 410 p.

BENJAMIN, A. H. V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. Parte II, p. 57-130.

BRASIL. CONAMA. **Resolução nº 1, de 23 de janeiro de 1986**. Dispõe sobre procedimentos relativos a Estudo de Impacto Ambiental. Disponível em < https://cetesb.sp.gov.br/licenciamento/documentos/1986_Res_CONAMA_1_86.pdf> Acesso em 16 set. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

BRASIL. **Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm >. Acesso em 8 ago. 2021

BRASIL. STF. MANDADO DE SEGURANÇA: **MS22164 SP**. Relator: Ministro Celso de Mello. Dj: 30/10/95. JusBrasil, 1995. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14703003/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp/inteiro-teor-103095299>> Acesso em 10 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: < https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf >. Acesso em 12 set. 2021.

BRASIL. **Lei complementar n. 140**, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm >. Acesso em 12 set. 2021.

Câmara aprova novas regras para o licenciamento ambiental. Agência Câmara de Notícias, 2021. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/758863-camara-aprova-novas-regras-para-o-licenciamento-ambiental/> >. Acesso em 8 set. 2021.

DIEGUES, A. C. (Org.). **Os saberes tradicionais e a biodiversidade no Brasil.** São Paulo: MMA/COBIO/NUPAUB/USP, 2000. 211 p.

FENSTERSEIFER. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente:** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 306 p.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito.** 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 2000. 282 p.

MARCHESAN, A. M. M., STEIGLEDER, A. M.; CAPPELLI, S. **Direito Ambiental.** 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. 254 p.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 549 p.

Meta 06 – 50% dos povos e comunidades tradicionais e grupos de culturas populares que estiverem cadastrados no Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais (SNIIC) atendidos por ações de promoção da diversidade cultural. PLANO NACIONAL DE CULTURA. Ministério do Turismo, 2019. Disponível em <<http://pnc.cultura.gov.br/2017/07/29/meta-6/>>. Acesso em 10 set. 2021.

MILARÉ, E. **Reação jurídica à danosidade ambiental:** Contribuição para o delineamento de um microsistema de responsabilidade. 2016. 362 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MINC, C. et al. **Projeto de Lei Geral do NÃO-Licenciamento Ambiental promove insegurança jurídica e ameaça agravar a crise econômica Brasileira.** Mai. 2021. Carta. Disponível em < <https://cdn.revistaforum.com.br/wp-content/uploads/2021/05/carta-exministros-mma-pl-3729-subs.-neri-geller-vfinalrevisada-10maio.pdf> >. Acesso em 20 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992.** Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wpcontent/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf. Acesso em: 20 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, 1972.** Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html> > Acesso em 18 ago. 2021.

PL3729/2004. Inteiro teor. Portal da câmara, 2021. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=257161> >. Acesso em 15 ago. 2021.

PL 3729: O fim do licenciamento ambiental?. EcoDebate, 2021. Disponível em: <<https://www.ecodebate.com.br/2021/05/26/pl-3729-o-fim-do-licenciamento-ambiental/>> Acesso em 8 set. 2021.

ROCHA, C. L. A. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.** Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 23-48, 1999.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1263 p.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. 503 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2015. 512 p.

SARLET, I. W. **A proibição de retrocesso na proteção e promoção de um meio ambiente saudável.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-25/direitos-fundamentais-proibicao-retrocesso-protacao-meio-ambiente-saudavel#:~:text=Assim%2C%20a%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20de%20retroceso,n%C3%ADveis%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20do%20ambiente.>> Acesso em: 25 ago. 2021.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. 460 p.

SILVA, J. A. **Direito Ambiental Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 351 p.

CAPÍTULO 9

ENTREGADORES DE APLICATIVO: a dificuldade de estabelecer o vínculo de emprego e a pandemia como reveladora da precarização das condições de trabalho

Dalila Vieira dos Santos¹⁰⁶
 Mariana Ferreira Teixeira Pires¹⁰⁷
 Jaqueline Alves da Silva Demetrio¹⁰⁸

RESUMO

Este trabalho busca apresentar os elementos que constituem o vínculo empregatício, construindo um debate sobre a proteção jurídica que deve ser estendida as pessoas que trabalham com as plataformas digitais de entrega de alimentos, por meio de uma sobreposição de dois posicionamentos distintos. Bem como, demonstrar as dificuldades encontradas por estas pessoas no período da pandemia, de precarização do trabalho e desamparo social.

Palavras-chaves: Aplicativo de entrega; Entregadores; Precarização; Pandemia

ABSTRACT

This paper seeks to present the elements that constitute the employment relationship, building a debate on the legal protection that should be extended to people who work with digital food delivery platforms, through an overlap of two distinct positions. As well as demonstrate the difficulties encountered by these people during the pandemic period, the precariousness of work and social helplessness.

Palavras-chaves: Delivery application; couriers; precariousness; Pandemic

1 INTRODUÇÃO

Por meio deste artigo, pretende-se analisar a realidade e a existência ou não de amparo jurídico dos entregadores que trabalham para aplicativos e as consequências da pandemia no trabalho destas pessoas. Em verdade, o número de pessoas que atuam através destas plataformas é cada vez maior, grande parte por necessidade de encontrar sustento em meio à crise do desemprego e da pandemia da corona vírus. Inicialmente, buscou-se abordar uma análise da Economia da Tecnologia Digital e um de seus novos personagens, adentrando os fenômenos da uberização e relacionando com o crescimento do trabalho informal.

Observa-se no contexto atual, uma dicotomia em como as pessoas encaram esta realidade: afinal, estes aplicativos realmente tornam alguém empreendedor de si mesmo? Traz desenvolvimento econômico e vida digna para estas pessoas ou apenas o crescimento do lucro destas empresas? Em meio a realidade de uma crise sanitária, o que se pode observar é na verdade um escancaro das condições de trabalho cada vez mais precárias e sem segurança

¹⁰⁶ Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Maranhão

¹⁰⁷ Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Maranhão

¹⁰⁸ Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

para aqueles que mais necessitam. No decorrer deste presente estudo, serão abordadas as citadas perspectivas em uma tentativa de resolução deste questionamento, sobre o enquadramento ou não no conceito celetista de empregado.

Neste viés, nos faz ter uma maior noção do motivo do Brasil ser um eterno país em desenvolvimento. Muito se aborda o crescimento do Produto Interno Bruto (PIB), mas é preciso entender que este aspecto da economia é apenas quantitativo, trata-se dos bens e riquezas produzidas, mas então por qual motivo grande parte da população brasileira ainda vive em condições precárias em todas as esferas de sua vida? O Brasil, é um país com enorme concentração de renda, e isto vai ficar claro no decorrer do texto ao abordar o mito da autonomia como ferramenta para que os entregadores de aplicativo não tenham seu vínculo de emprego reconhecido, fomentando o lucro a empresa e a competição desleal com as demais. Para alcançar um processo de desenvolvimento, por sua vez, é necessário que se concretize os direitos humanos, garantindo um mínimo existencial, que assegure condições dignas de trabalho e de vida.

Em conseqüente, será apontado a narrativa sobre trabalho e trabalhadores na entrega mediada por aplicativos durante a pandemia da corona vírus no Brasil. Demonstrando-se a dura realidade de quem não encontrou outra saída para enfrentar a crise senão se colocar à disposição das condições desumanas e abusivas das plataformas que se intitulam mediadoras.

Todos os apontamentos serão feitos, por meio de uma metodologia qualitativa de pesquisa básica, de caráter explicativo e base em pesquisas bibliográficas, e, portanto, elaborada a partir de material já publicado, como livros, artigos e periódicos.

2 PROBLEMÁTICAS NA DEFINIÇÃO DO VÍNCULO DE EMPREGO

É certo que a implementação e avanços de novas tecnologias, incorrem reflexos diretos nas relações sociais, dentre estas, inclusive, nas trabalhistas. Com a evolução dos meios de estabelecimento de vínculos humanos e as mudanças de condutas, algumas pessoas atualmente, encontram nas telas do celular, uma forma de renda.

Sobre a realidade dos brasileiros, é importante ressaltar que ter uma nova fonte de renda não significa ter dignidade e muito menos ter amparo trabalhista. Em verdade os entregadores de aplicativo se sujeitam a essa forma de sustento por meio de um desespero em alimentar a si e suas famílias, caindo em uma falsa ideia de “autonomia”. Neste sentido, fica

claro que o que alguns tentam taxar de “liberdade”, para outros significa a fragilização dos direitos trabalhistas.

Por meio dos serviços intermediados por plataformas como *Rappi* e *Ifood*, é possível identificar a conexão desses novos meios, com o crescimento do trabalho informal. Em decorrência disto, o processo conhecido como “uberização” prevê um estilo mais informal, flexível e por demanda, onde observa-se a propagação de uma ideia de não existência de uma relação hierárquica entre a empresa e os motoristas ou entregadores, já que, em tese, os serviços são prestados de forma eventual, sem horários pré-estabelecidos, e estes não recebem salário fixo.

Ao abordar a uberização, deve-se ter entendimento que esta é uma nova forma de organização, controle e gestão que coloca o trabalhador como um empreendedor de si próprio. Nesse sentido, por a relação de emprego exigir os pressupostos da pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade, quando inexistente algum desses, o trabalho é encarado como autônomo ou eventual. Desse modo, ocorre a justificativa de descaracterização de um vínculo empregatício entre as partes.

No entanto, o que se tem observado é que grande parte dos entregadores chegam a trabalhar doze horas por dia, para tirar o mínimo de sustento para suas necessidades básicas. Além disto, outro ponto a ser abordado é que as empresas responsáveis por tais aplicativos se apresentam como meras “mediadoras” entre os entregadores e os consumidores, mas na realidade detém meios de subordinação semelhantes a outras relações de emprego. Apesar de originalmente a ideia destes aplicativos terem sido apresentados a concepção de liberdade e parceria, muitas plataformas definem a necessidade de cumprir objetivos definidos na programação do serviço, como fazer um número mínimo de entregas, e não exceder determinado limite de cancelamento de viagens, decididos de forma unilateral pelo algoritmo. Estas definições aparentam e em essência são, na verdade, algumas questões características de relação de um emprego: submissão e subordinação.

É observável que, mesmo nas questões que os entregadores supostamente teriam autonomia, sua escolha gera riscos ao exercício de seu serviço. Como já citado anteriormente, a recusa de corridas gera penalidades pelo aplicativo, como bloqueio e conseqüentemente a impossibilidade de trabalhar, e não recebem, em sua grande maioria, nenhuma explicação clara sobre o motivo deste “castigo”, gerando uma insegurança e instabilidade na vida financeira. Este ponto, é extremamente problemático para quem presta serviço a estes

aplicativos, tendo em vista que nos regimes de trabalho informal, os entregadores já não têm acesso a direitos trabalhistas, como Previdência Social, depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou mesmo horas extras e controle de jornada de trabalho, gerando uma falta de garantias e seguridade social.

Desse modo, é necessário estabelecer que, apesar do vínculo de emprego ser de difícil visualização quando o serviço é gerenciado por um algoritmo invisível, de serem variadas as rotinas de cada prestador de serviço, e mesmo aqueles que não concordam necessariamente com a aplicação das normas da CLT a estes entregadores, o trabalhador de aplicativos ainda que considerado como autônomo, não é sujeito desprovido de direitos, sendo este titular de direitos fundamentais, entre eles o da dignidade da pessoa humana e de sadia qualidade de vida no meio ambiente do trabalho. Dessa forma, observa-se que deve ser o reconhecido um piso vital mínimo de direitos, bem como de responsabilidade da plataforma com a higidez do meio ambiente de trabalho.

Neste viés, entende-se que deve ser feito, no mínimo, um reconhecimento de um piso vital mínimo de direitos, que assegure às necessidades básicas de todo trabalhador, que estão sendo sistematicamente negadas ao trabalhador de aplicativo. Como descrito no próprio texto constitucional (CF/88), inc. XIII, art. 7º da Constituição da República estabelece a diretriz de que todo o trabalhador tem direito a uma jornada de trabalho com limite de 8 horas diárias. Desse modo, não é admissível que o gerenciador das tarefas do trabalhador humano, estimule e se favoreça de jornadas diárias de 12 horas trabalho.

É, portanto, necessário estar em constante observação do Direito, para que este não deixe de se adequar conforme necessário para garantir a proteção jurídica de bens essenciais, deve-se entender que mesmo que na origem não se tenha fixado um “vínculo de emprego”, no exercício deste serviço se exige amparo e condições mínimas para desempenho de funções e dignidade da pessoa. De forma também, que fique certificado de que os princípios e direitos fundamentais continuem a ser observados nestas relações.

3 RELAÇÃO DE EMPREGO X RELAÇÃO DE TRABALHO

Em primeiro lugar, cabe ressaltar, o conceito de trabalho e o seu histórico. Com isso, o senso comum conceitua trabalho como um conglomerado de atividades realizadas, é o esforço feito por indivíduos, com o objetivo de atingir uma meta. Diante disso, em sentido amplo, relação de trabalho corresponde ao vínculo jurídico, acordado expressa ou tacitamente,

entre um trabalhador e uma pessoa física ou jurídica, que o remunera pelos serviços prestados. Diante disso, pode-se afirmar que a relação de emprego é uma espécie dentro do gênero que é a relação de trabalho. Logo, pode-se dizer que toda relação de emprego é uma relação de trabalho, porém nem toda relação de trabalho é uma relação de emprego, uma vez que a relação de emprego exige alguns requisitos.

3.1 Relação empregatícia

É certo que há uma diferença entre relação de emprego e de trabalho, uma vez que a de emprego é marcada por uma subordinação jurídica, pois o empregado tem dever de obediência e o empregador tem poder de direção, pois segundo o art. 2º da CLT, o poder diretivo do empregador se divide em três prerrogativas fundamentais dentro do local de trabalho: poder de organização, poder de controle e poder disciplinar, contudo, nem sempre o entendimento foi esse, no início acreditava-se que que essa subordinação era econômica, que o empregado necessitava das vantagens pecuniárias que era disponibilizada pelo empregador, a outra visão era que o empregador possuía conhecimento superior, e o empregado precisava deste, hoje o entendimento é que há uma subordinação jurídica entre estes, caracterizada como dependência jurídica.

Outro aspecto que diferencia uma relação da outra, é a habitualidade, também conhecido como não eventualidade, o trabalho para ser considerado emprego precisa ser realizado de maneira regular, pois o empregador necessita constantemente do serviço prestado pelo empregado. Assim, explica Sérgio Pinto Martins (2002, p. 102) que:

O trabalho deve ser prestado com continuidade. Aquele que presta serviços eventualmente não é empregado. Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1990:134) afirmam, com propriedade, que o contrato de trabalho é um contrato de trato sucessivo, de duração. Certos contratos exaurem-se com uma única prestação, como ocorre com a compra e venda, em que, entregue a coisa e pago o preço, há o término da relação obrigacional.

Nesse sentido, outro requisito, é a alteridade, o empregador suporta os riscos da atividade sozinho, não pode deixar afetar os seus empregados, art. 462, § 1º, da CLT. Há também, a pessoalidade, a relação de emprego ocorre mediante o intuito personae, exige pessoalidade somente para o empregado, no caso do empregador pode ocorrer substituição. A pessoalidade como requisito, é entendida por José Cairo Júnior (2012, p. 269), como:

O contrato de trabalho é celebrado *intuitu personae* em relação ao empregado. É um contato personalíssimo e, por conta disso, além de não se admitir que o empregado seja pessoa jurídica, a prestação de serviço deve ser executada pessoalmente, vetada a substituição por outra pessoa.

Cabe salientar, que outro aspecto que precisa ser preenchido, é a onerosidade, este serviço deve ser prestado mediante remuneração, pois o empregado necessita desta para suprir suas necessidades, uma vez que o salário possui uma natureza de contraprestação com o contrato de trabalho e visa satisfazer as necessidades alimentícias do empregado, nesse meandro, José Cairo Júnior, conceitua como:

Á a onerosidade é a figura jurídica que aponta para a necessidade de ser o trabalho remunerado, ou seja, que exista uma contraprestação; o que diferencia, portanto, o trabalho remunerado do trabalho voluntário. Tendo-se em mente, de outra parte, que o “critério da onerosidade não aferido pela efetiva percepção do salário (critério objetivo), mas pelo *animus* do trabalhador em percebê-lo (critério subjetivo) ” (JUNIOR, 2012, p. 270).

3.2 Entregadores de Aplicativo.

Antes de falarmos sobre a relação de trabalho dos entregadores de aplicativo e seus empregadores, cabe analisar a relação entre o capitalismo e o surgimento dessa forma de trabalho.

Diante disso, as transformações no meio ambiente do trabalho têm ocorrido durante o decorrer da história. Com isso, mediante a incorporação das máquinas e da produção em massa que aconteceu de maneira mais rápida e eficiente, os espaços ocupados pelo trabalhador que vende a sua força de trabalho mudaram. Nesse sentido, a inovação causada pelo desenvolvimento da internet, e das plataformas que fazem a ligação entre o trabalhador e a empresa têm criado um ambiente moderno. Dessa forma, essas empresas crescem devido à redução de custos derivado da desregulamentação do mercado de trabalhadores autônomos e informais.

Essas novas relações de trabalho, que na maioria das vezes funcionam como atividades em que este teria uma certa autonomia e liberdade de escolher seus horários de serviço, surgiu de diversas lutas sociais, envolvendo os trabalhadores, que possuem o sonho de ser livre. No entanto, essas iniciativas acabaram sendo reproduzidas de uma outra forma, pelo mundo capitalista que criaram uma visão deturpada do que realmente caracteriza essa nova relação trabalho. Uma das empresas que funcionam dessa maneira é a uber, que deu origem ao conceito uberização, esta é responsável por proporcionar falsas evidências da

redução do emprego, pois nasce a ideia que os motoristas e entregadores que prestam esses serviços, estão empregados. Dessa maneira, estamos vivendo por um período de pandemia provocada pelo novo coronavírus, e os direitos que eram anteriormente associados ao contrato de trabalho, estão cada vez mais escassos. Além disso, ocorrem jornadas ilimitadas, e também uma centralização direta e internacional do comando capitalista sobre os trabalhadores, acoplada à extrema descentralização do processo de trabalho.

No tocante ao vínculo envolvendo os entregadores de aplicativos, verifica-se uma divergência de entendimento, entre aqueles que declaram a inexistência dos requisitos para se considerar uma relação de emprego e os que percebem que na prática e nos casos concretos existe a possibilidade de observação de alguns destes requisitos. No que diz respeito a subordinação em relação a empresa, uma parte da doutrina entende que não ocorre, pois, esses entregadores possuem uma certa autonomia, além de não terem os direitos trabalhistas assegurados, nem limitação de jornada de trabalho, muitas ultrapassam as 12 horas diárias. Contudo, não há uma conformidade de entendimento nos Tribunais. Em primeiro lugar, cabe salientar que os motoristas de aplicativo têm autonomia e flexibilidade incompatíveis como vínculo empregatício, este foi o entendimento unânime da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao não reconhecer o vínculo de empregatício, outro julgado nessa mesma linha foi o firmado no TST, em fevereiro do ano passado, a 5ª Turma também não reconheceu a existência de vínculo entre a Uber e um motorista. Já em setembro, a mesma 4ª Turma também negou recurso semelhante. O mesmo entendimento já havia fundamentado decisão do Superior Tribunal de Justiça em 2019. No entanto, O TRT 15 (Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região), em Campinas, acolheu um parecer do MPT (Ministério Público do Trabalho) e proferiu um acórdão reconhecendo o vínculo empregatício de um motorista com a Uber. Por meio desta análise sobre os motoristas da *Uber*, é possível fazer uma analogia com os que fazem entregas em outras plataformas, bem como o caso central do tema abordado.

Outrossim, é importante lembrar, que a ausência desses direitos, se agravou com a pandemia, uma vez que as pessoas não tinham recursos para sobreviver, e qualquer dinheiro que pudessem ganhar, era válido, não se importando se iriam garantir ou não seus direitos básicos, como as férias e uma jornada de trabalho de até 8(oito) horas diárias.

4 A FALSA IDEIA DE AUTONOMIA E A VERDADEIRA FACE DA “RAPPI” FRENTE AOS SEUS ENTREGADORES

Em verdade, a discussão sobre a existência ou não de um vínculo empregatício entre os entregadores e as plataformas, ainda é bem complexa e passa por diversas análises. João Cesar Dias, da “Repórter Brasil”, relata que por meio de uma fiscalização, auditores do trabalho concluíram que a empresa de entregas *Rappi* pode ser considerada uma fraude ao configurar o trabalho dos entregadores como autônomo.

Segundo os auditores Augusto Vido da Silva e Rafael Brisque Neiva, do grupo de combate à informalidade e à fraude nas relações de emprego da Superintendência Regional do Trabalho em São Paulo – SRT/SP, os entregadores que atuam para a *Rappi*, devem ter carteira assinada e garantia de direitos trabalhistas como FGTS e Previdência Social, férias, descanso semanal remunerado, entre outros. Esta conclusão foi decorrente de uma investigação de oito meses, onde por meio de entrevistas, ficou comprovado que os motoristas e ciclistas que trabalham para o aplicativo não definem o valor do serviço, se sujeitam a um contrato com regras unilaterais, dependem do aplicativo para trabalhar, recebem um “salário” com valor determinado pela empresa e como já descrito anteriormente, podem ser suspensos quando a plataforma entender que as regras não foram cumpridas.

Adentrando esta realidade, observa-se que esse aplicativo mantém uma descrição fraudulenta de autonomia, para ter vantagens, de forma que assim, consegue reduzir os gastos com a mão de obra, por meio de uma informalização do trabalho. Na verdade, essa plataforma se caracteriza pela adoção de práticas desumanas de trabalho pelo empregador, descumprindo fixações trabalhistas com intuito de aumentar o lucro. Ainda nesta investigação, um dos auditores também conclui que, além da exploração do trabalho, a empresa “estabelece uma concorrência desleal com as empresas de entregas que têm os motociclistas empregados, pagando os direitos trabalhistas”.

Fica claro por meio destes apontamentos anteriores, que pela legislação atual, os entregadores são funcionários da *Rappi* e deveriam ter suas carteiras assinadas. Por meio deste caso real, é possível analisar que a exploração tem sido naturalizada, tendo em vista que enquanto a plataforma lucra, os entregadores são pessoas que vivem em situação economicamente vulneráveis, que têm no serviço de entregas como única fonte de renda e que têm que trabalhar muitas horas por dia para suprirem o mínimo de suas necessidades, além de arcarem com os custos de manutenção de suas motocicletas e bicicletas.

Por estes motivos é que a atenção deve estar voltada para a tentativa de supressão de direitos, que é ainda, largamente veiculadas pelos meios de comunicação, por meio de

discursos que romantizam a precarização do trabalho. Não é difícil observar que, muitas vezes são replicadas nas redes sociais fotos de entregadores em meio de condições insalubres de trabalho, como por exemplo, em meio a enxurradas. Esta situação é ainda, acobertada por discursos meritocráticos, utilizando a suposta “superação” como uma inspiração, colocando o entregador como único responsável por sua melhora na condição de vida, no entanto é preciso sinalizar que isso nada mais é do que uma tentativa de amenizar a situação de desamparo social do trabalhador e inobservância dos preceitos trabalhistas.

5 IMPLICAÇÃO DA PANDEMIA NO COTIDIANO DOS TRABALHADORES

O mundo foi afetado pelo Covid-19, no dia 11(onze) de março de 2020 a OMS decretou que estávamos vivendo em um momento de pandemia. Depois disso, a vida de toda a população mundial, teve seu cotidiano modificado, ninguém podia mais sair de casa e passou-se por uma fase de isolamento social, para tentar reduzir o contágio do vírus.

Diante disso, um dos ramos mais atingidos pelo isolamento social, foi o meio ambiente do trabalho. Com isso, além da ameaça à saúde pública, a covid foi responsável por impactos econômicos e sociais que afetam os meios de subsistência e o bem-estar de milhões de pessoas a longo prazo. Dessa forma, o trabalho sofreu algumas flexibilizações e ajustes diante da pandemia, para se adequar aos novos padrões de consumo e ao mercado, pois, o período está sendo marcado por conflitos sanitários e econômicos de emergência no cenário atual.

Com isso, esse momento gerou inúmeras dúvidas sobre a manutenção do emprego e da renda, uma vez que, os comércios e as empresas passaram grande parte do ano de 2020 fechados. Essa situação, refletiu de maneira negativa para os serviços desenvolvidos. Várias empresas faliram e muitas pessoas perderam a única renda que possuíam, o que levou estas a buscarem uma nova renda, a saída encontrada por alguns, foi o trabalho de entregadores de aplicativo. Nesse sentido, as pessoas que buscaram essa saída, não estavam muito preocupadas com a garantia dos seus direitos, como por exemplo as férias, só desejavam ter o mínimo para garantir a sobrevivência da sua família.

Cabe ressaltar, a maioria esmagadora dos entregadores, realizam seu serviço no horário noturno, o que deveria garantir a eles alguns benefícios, como o adicional noturno, é aquele pago a uma pessoa, por está submetida a alguma situação de desvantagem ou risco, no caso, quem trabalha no período da noite, precisa readaptar sua rotina a esse serviço.

É notório, que boa parte desses entregadores não possuem os direitos garantidos na CLT, por isso, a Câmara dos Deputados, apresentou alguns projetos de lei visando criar direitos a esse grupo de trabalhadores. Um dos projetos de lei, foi a PL 3577/20, de Márcio Jerry, que pretende acrescentar um trecho à Consolidação das Leis Trabalhistas, afim de tratar exclusivamente dos entregadores de aplicativo. Com isso, um dos pontos mais relevantes é que, o texto considera empregado vinculado à empresa o profissional que, por meio de aplicativos, exerce a atividade de forma pessoal, onerosa e habitual, preenchendo assim, os requisitos para se considerar empregado. Para isso, ele deverá ter trabalhado pelo menos 40 horas por mês nos últimos três meses ou por 40 horas por mês em pelo menos nove meses ao longo de um ano. Outro projeto foi PL 3599/20, formulada pelo deputado Eduardo Bismarck, que restringe-se aos serviços de entrega feitos com o uso de bicicleta. “Nesses casos, o desgaste sofrido pelo profissional é muito mais extenso, haja vista o grande esforço que eles precisam fazer para completar o serviço”, justifica. De forma breve, o parlamentar propõe requisitos para o prestador do serviço, define equipamentos mínimos a serem usados na bicicleta e pelo ciclista e ainda alguns benefícios para o trabalhador.

Esses projetos de lei, demonstram a preocupação do Estado com a regulamentação desses trabalhadores, porém, como já dito, o período de pandemia despertou um sentimento de dúvida quanto à manutenção no seu emprego, e com isso, ocorreu a flexibilização trabalhista.

5.1 Flexibilização

É certo que o Projeto de Lei 5.483, que altera o artigo 618 da CLT, permite que acordos coletivos se sobressaiam sobre a legislação, dividem a opinião pública já que está diretamente relacionada com os direitos oriundos da relação empregatícia, ou seja, flexibilizando alguns direitos. Com isso, os seguintes direitos podem ser negociados:

- a) Férias: pode ser negociada a redução ou divisão do número de dias. O terço constitucional fica mantido;
- b) 13º Salário: o valor não pode ser alterado, mas a forma de pagamento, sim.
- c) Adicional Noturno: pode ser negociado, pois a Constituição somente estabelece valor maior que o diurno, sem especificar percentual.

No entanto, na questão social, essa flexibilização, não melhorou as condições das relações de emprego, uma vez, que os empregadores utilizam a pandemia como justificativa

para desrespeitar direitos previstos na Constituição Federal. Com isso, os trabalhadores perderam direitos mínimos, que passaram tantos anos e tantas lutas para conseguir.

6 IMPLICAÇÕES DA PANDEMIA NA REALIDADE SOCIAL DOS ENTREGADORES

Com a grande massa de trabalhadores informais estabelecida sob diversas roupagens, decorrentes da expansão dos formatos uberizados, terceirizados e intermitentes no contexto da era digital e das plataformas de aplicativos, vê-se mais claramente o processo de desregulamentação e flexibilização de direitos trabalhistas.

Nestes termos, é possível afirmar que a pandemia escancarou a já existente precarização do trabalho. Em tempos de corona vírus os desempregados e os trabalhadores informais, vivem o dilema de se submeterem ao contágio ou a fome. Por não deterem o mínimo de proteção social, precisam escolher entre ficar em casa, cumprindo o isolamento social, e não arrecadando renda que lhes permita a subsistência, ou saírem para trabalhar, arriscando a possibilidade de contaminação.

A narrativa que observa as plataformas em uma visão inteiramente otimista, fruto de um progresso tecnológico, que incorre no discurso que idealiza melhores perspectivas, oportunidades e produtividade é um tanto quanto falha, por não analisar a complexidade desta relação. Em verdade, o que se tem observado é uma relação desregulamentada, que se encaminha à precarização do trabalho, com sujeitos que devem estar permanentemente disponíveis, em trabalhos instáveis e sub-remunerados.

Em meio as circunstâncias de crise e do conseqüente estado de fragilização social, ficam expostas as vulnerabilidades que marcam o trabalho dos entregadores e dos motoristas por aplicativo: ausência de uma rede de proteção social e de qualquer reconhecimento trabalhista, bem como amparo jurídico, jornadas de trabalho esgotantes e transferência integral dos custos e riscos da atividade para o trabalhador.

Assim, observa-se que a reestruturação do capital por meio das tecnologias, funciona como uma ferramenta da exploração sob o trabalho de prestadores de serviços, não regulamentado por norma protetiva. Neste ponto, demonstra a perversidade e despreocupação daqueles detentores de poder econômico que são donos dessas plataformas, sobre a atual conjuntura de crise sanitária, em que diversos trabalhadores e trabalhadoras são expostas ao vírus, mas sem receber a proteção social devida.

Desse modo, é necessário que haja a concretização de princípios atrelados ao trabalho digno, pois além de representar o combate a disseminação do vírus, ao estabelecer a utilização de equipamentos, bem como medidas necessárias para se evitar o contágio do vírus, propicia à classe trabalhadora a segurança necessária para superar uma situação de crise sistêmica já existente, em todos os âmbitos, sejam eles sanitários, econômicos e sociais.

Esse fator descrito de insegurança, fica perceptível até mesmo por meio de decisões liminares de primeira instância da Justiça do Trabalho. Em um contexto de que determinado, em nível local, o pagamento de algum auxílio financeiro e o fornecimento de equipamentos de proteção e higiene aos trabalhadores de aplicativo, ou mesmo portaria estadual em que dispostas medidas de prevenção à corona vírus a serem adotadas pelas empresas de delivery por aplicativo. Todavia, ocorreu foi a suspensão, em sede de correição parcial pelo Tribunal Superior do Trabalho, de decisão proveniente do TRT da 3ª Região na qual havia sido determinado à Uber que fornecesse álcool em gel aos trabalhadores cadastrados à plataforma. Ao conceder efeito suspensivo ao recurso da empresa, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, invocou a necessidade de segurança jurídica e de uniformidade no tratamento das regras trabalhistas, bem como o perigo de dano de difícil reparação.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo tratar acerca dos entregadores de aplicativo e a dificuldade em estabelecer o vínculo de emprego, principalmente no momento de pandemia. Com isso, pôde-se analisar que a pandemia alterou completamente a vida da população em geral, principalmente dos trabalhadores, uma vez que estes precisaram se reinventar para conseguir sustentar suas famílias. Uma das saídas encontradas foi o serviço de entregador de aplicativo.

A pandemia também foi responsável pela flexibilização das leis trabalhistas, pois os trabalhadores temerosos em perder seu único sustento, acabam abrindo mão de uma boa parcela de seus direitos, esses que foram conquistados por meio de inúmeras lutas. Com isso, os entregadores de aplicativo são uma classe de trabalhadores que não possuem garantias mínimas asseguradas, mesmo que alguns projetos de leis visem garantir alguns direitos, a situação deles ainda é complicada.

Dessa forma, o Direito vigente precisa se adaptar a sociedade e as problemáticas dela, logo, o Direito do Trabalho atualmente busca garantir um trabalho digno para esses entregadores, principalmente por estarmos passando por um período de pandemia, e a insegurança quanto a manutenção da renda ser maior e como também, o medo da disseminação do vírus, trouxeram à tona a problemática sobre a relação de trabalho dos entregadores.

Assim, como foi debatido anteriormente, durante esse momento, alguns locais exigiam que as empresas fornecessem materiais de higiene para os trabalhadores e o pagamento de um auxílio, porém, surgiu o questionamento quem seriam os responsáveis por esse pagamento, o empresário (conceituando como uma relação de emprego) ou o Estado.

Por fim, é importante salientar, que não há uma unanimidade sobre o vínculo empregatício dos entregadores de aplicativo, parte da doutrina e jurisprudência acredita que há uma subordinação, já uma outra acredita que essa é inexistente. No entanto, a grande problemática envolvendo essa questão, é que esse grupo de trabalhadores perde uma grande parte dos direitos que lhe eram devidos, por não se ter um consentimento.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**– Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DIAZ, João Cesar. **Entregadores são funcionários da Rappi e devem ter carteira assinada, concluem fiscais do trabalho.** Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2021/02/entregadores-sao-funcionarios-da-rappi-e-devem-ter-carteira-assinada-concluem-fiscais-do-trabalho/>. Acesso em 30 jul.2021.

DIREITO. UnB. **Revista de Direito da Universidade de Brasília.** Programa de Pós-Graduação em Direito – Vol. 4, N. 2 (maio/ago. 2020) –Brasília, DF: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Manual de Processo do Trabalho-4ed**-São Paulo:Ltr,2019.

SUDRÉ, Lu. **Um ano de pandemia: entregadores de aplicativo relatam piora em condições de trabalho.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2021/03/30/um-ano-de-pandemia-entregadores-de-aplicativo-relatam-piora-em-condicoes-de-trabalho>. Acesso em 28 jul.2021.

SUDRÉ, Lu. **Jornadas de 12h e zero direitos: por que entregadores de apps fazem greve inédita.** Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/06/30/12h-de-trabalho-sem-apoio-e-sem-direitos-o-dia-a-dia-dos-entregadores-de-apps>. Acesso em 29 jul.2021.

CAPÍTULO 10

DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE UM DISCURSO ÚNICO

Andrêina Silva Mendonça¹⁰⁹

RESUMO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, por mais que seja o maior documento internacional em termos de relevância e influência sobre cartas constitucionais e tratados ao redor do globo, é ainda muito criticada e erroneamente mal vista por boa parte da população brasileira. Desde 1948, a ONU tem cobrado de Estados-membro um maior empenho na busca, defesa e concretização de direitos humanos. Direitos estes que são básicos, mínimos e imprescindíveis à qualidade de vida de todo e qualquer ser humano, e que se assegurados, garantem a vida plena não só dos indivíduos, mas também de nações inteiras, já que nenhum desenvolvimento se dará sem a garantia de direitos. Este determinante entendimento, muito ainda falta ser difundido no meio social, em paralelo a um maior e melhor conhecimento acerca desses tais “direitos humanos”. O presente artigo tem por objetivo suscitar discussões a respeito dos Direitos Humanos desde seus aspectos embrionários, de modo a promover uma melhor educação acerca do tema, além da análise de políticas públicas internas na busca de sua efetivação, e a necessidade de maiores empenhos para tornar este um discurso único. A metodologia se dá na forma de análise bibliográfica de obras doutrinárias na seara dos Direitos Humanos; assim como de escritos de entidades nacionais e internacionais; leis de políticas públicas em Direitos Humanos; análise esta à luz da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Organização das Nações Unidas. Concretização. Políticas Públicas em Direitos Humanos.

ABSTRACT

The Universal Declaration of Human Rights, even being considered by academics as the greatest international document in terms of relevance and influence on Constitutional documents and agreements around the globe, still is very criticized and misunderstood by a large number of the Brazilians. Since 1948, the UN has been demanding from Member States a greater commitment in the pursuit, defense, and fulfillment of human rights. These rights are basic, minimal, and indispensable to the quality of life of each and everyone human being, and that if guaranteed, ensure the full life not only of individuals, but also of entire nations, since any development will happen without the guarantee of rights. This determinat understanding need to be disseminated in the social environment, in parallel with a greater and better knowledge about these so-called "human rights". The present article aims at raising discussions about Human Rights from their embryonic aspects, in order to promote a better education on the subject, besides the analysis of internal public policies in the search for their implementation, and the need for greater efforts to make this a unique discourse. The methodology is in the form of bibliographic analysis of doctrinal works in the field of Human Rights; as well as writings of national and international entities; laws of public policies on Human Rights; analysis in the light of the Federal Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Human Rights. Universal Declaration of Human Rights. United Nations. Concretization. Public Policies on Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

Desde os primeiros grupamentos sociais, o ser humano vive em sociedade com o constante risco de fazer mal a si mesmo, ou ao outro. A história da humanidade é marcada por guerras, massacres, e desastres, sempre motivados pela busca de poder, riquezas e controle

109 Acadêmica de Direito na Universidade Estadual do Maranhão. Bolsista PIBIC/UEMA 2021/2022. Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=C89549312B85ADBA596A1F9227B3CD7A. E-mail: andreinamendonca@aluno.uema.br

territorial e ideológico. Enquanto não houve um acordo entre os pares, ou um mandamento social imposto pelo Estado que determinasse condutas sociais aceitáveis e reprováveis com suas devidas sanções, instalava-se o caos social em toda.

Como o célebre filósofo inglês, Thomas Hobbes, bem definiu em 1651, o homem é o lobo do próprio homem¹¹⁰, salientando que este é capaz de grandes atrocidades e barbaridades contra elementos da sua própria espécie, e por este motivo, a paz civil e união social só podem ser alcançadas quando é estabelecido um contrato social com um poder centralizado que tem autoridade absoluta para proteger a sociedade, criando paz e uma comunidade civilizada.

São diversos os exemplos de atrocidades do homem contra sua própria espécie, mas é possível enumerar aqueles que constituíram marcos na história da humanidade como : o genocídio indígena ocorrido em 1492, durante o “descobrimento” das Américas pelos espanhóis; o processo de escravização negra no século XV ao XVIII, sendo este o maior sequestro em massa do mundo, a chamada diáspora africana; o genocídio semita realizado por nazistas com as leis do tribunal de Nuremberg, em 1935, assim como de ciganos, homossexuais e pessoas com deficiência.

E por fim, as duas grandes guerras mundiais que dizimaram milhões de pessoas ao redor do mundo, sendo a primeira ocorrida entre os anos de 1914 a 1919, e a segunda entre os anos de 1939 à 1945, tendo esta superado a primeira em número de mortos e capacidade bélica¹¹¹. Eixo e Aliados com o mesmo objetivo : poder e controle, culminando em um momento histórico das explosões de bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki pelos Estados Unidos, em 1945, o que configurou não só uma resposta à não aceitação do Império do Japão de sua rendição, como também, uma demonstração de poderio bélico - já que foi a primeira vez que um país utilizou bombas atômicas no mundo - e justo com o intuito de não

110 A frase original é da autoria do dramaturgo romano Platus e faz parte de uma das suas peças. Em latim, esta frase é traduzida como *homo homini lupus*. No entanto, esta frase ficou mais conhecida por estar incluída na obra intitulada *Leviatã*, da autoria de Thomas Hobbes que foi publicada em 1651.

111 Na Segunda Guerra Mundial houve sessenta milhões de homens em armas, entre 45 e 50 milhões de mortes (pela primeira vez num conflito bélico, a maioria delas na população civil) como resultado direto dos combates, ou entre setenta e oitenta milhões de pessoas - só existem estimativas variáveis -, se forem contadas também as vítimas que morreram por fome, epidemias e doenças como resultado indireto da guerra - oito vezes mais vítimas do que na Primeira Guerra Mundial: ao todo, aproximadamente entre 4% e 5% da população mundial da época, e tudo em escassos seis anos. A história não conheceu jamais um morticínio semelhante. As cifras citadas não incluem as baixas nas guerras civis na Coreia e na Grécia, ou nas guerras nacionais nas colônias inglesas ou francesas, que foram decorrência mais ou menos imediata da conflagração mundial. - COGGIOLA, Osvaldo. *A Segunda Guerra Mundial - causas, estrutura, consequências*, p. 5.

só dizimar cidades inteiras de civis, mas de sobrepujar aquela nação e todas as nações a esta aliadas, desastre este que é lembrado até os dias atuais.

Nesse mesmo entendimento, coaduna Fábio Konder Comparato (2003, p. 128) :

A 2ª Guerra Mundial, diferentemente, foi deflagrada com base em proclamados projetos de subjugação de povos considerados inferiores, lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos. Demais, o ato final da tragédia - o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, em 6 e 9 de agosto de 1945, respectivamente - soou como um prenúncio de apocalipse: o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na face da Terra.

Diante de tantas atrocidades, e desastres humanitários, sendo a Segunda Guerra Mundial o maior de todos eles, surge um sentimento generalizado de necessidade de promoção e manutenção da paz entre os países, além de evitar que crises como essas ocorram novamente, motivando a elaboração da Carta das Nações Unidas, a criação da Organização das Nações Unidas, culminando na Declaração Universal dos Direitos Humanos, escopo do presente artigo, sem pretensão de esgotamento da matéria.

Entende-se, então, que “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.” (COMPARATO, 2003, p. 128)

2 A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

A busca pela superação desta grave crise social, motivou 50 países a se reunirem para a elaboração da Carta das Nações Unidas, em São Francisco. Reunião esta, que perdurou de 25 de abril de 1945 a 26 de junho do mesmo ano. Expressando direitos fundamentais a homens e mulheres de amplitude Internacional, assim como, instituindo a organização da manutenção da paz e dos acordos entre os países na figura da Organização das Nações Unidas (ONU)¹¹².

O tratado intitulado “Carta de São Francisco”, ou mais comumente chamado, “Carta da ONU” configurou um grande marco histórico e inicial da criação e tutela dos chamados

112 Nas palavras de Fábio Konder Comparato (2003, p. 128) as “Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana”. O mesmo adiciona que “um dos propósitos da Organização, como se lê no preâmbulo da Carta, é o de ‘empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos’.” (p. 129)

Direitos Humanos que viriam a influenciar diversos tratados e textos constitucionais ao redor do globo, buscando o que hoje é cunhado de “universalização dos direitos humanos” - processo ainda em construção.

Porém, a Carta da ONU não listou o rol dos direitos que seriam considerados essenciais. Por isso, foi aprovada, sob a forma de Resolução da Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal de Direitos Humanos (também chamada de “Declaração de Paris”), que contém 30 artigos e explicita o rol de direitos humanos aceitos internacionalmente.

Embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada por 48 votos a favor e sem voto em sentido contrário, houve oito abstenções (Bielorússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Honduras e Iêmen não participaram da votação. (RAMOS, 2014, p. 43)

O Brasil, é um dos membros fundadores da ONU. O país aprovou a Carta das Nações Unidas pelo Decreto-lei n. 7.935. de 4 de setembro de 1945, ratificando-a em 21 de setembro. Após isso, a participação do Brasil se deu de maneira efetiva, Oswaldo Aranha presidiu a Assembleia Geral em 1947 e a abertura dos debates gerais é sempre feita pelo Brasil¹¹³.

Além disso, junto a outros representantes, o país fez importantes sugestões à Carta das Nações Unidas documento que estabelece as regras e funções da organização. Saúde e direitos das mulheres já eram uma preocupação do país há 70 anos, na defesa da diplomata Bertha Lutz ganharam força e destaque na carta.

Esta teve papel determinante na inclusão da igualdade de gênero na carta das Nações Unidas. Como aponta artigo da Fundação Universidade de Passo Fundo (2016) :

Segundo as pesquisadoras, Bertha Lutz — com a ajuda de delegadas de Uruguai, México, República Dominicana e Austrália — reivindicou a inclusão da defesa dos direitos das mulheres na Carta e a criação de um órgão intergovernamental para a promoção da igualdade de gênero, enquanto a norte-americana Virginia Gildersleeve e assessoras britânicas se opuseram, classificando as propostas de “vulgares”.

113 “A origem dessa tradição de ser o Brasil o primeiro a discursar remonta a um período de Guerra Fria, de muito antagonismo entre os países, do conflito Leste-Oeste. Eu acredito que o Brasil se apresentava como uma opção dentro dessas disputas do bloco. E a partir de 1949, quando foi o primeiro a discursar, depois isso vai se repetindo e gradualmente se estabelece uma prática.” - Eugênio Garcia, em entrevista à ONU NEWS, 2015. Essa prática foi incorporada oficialmente com a aprovação de uma resolução da Assembleia Geral. Pelo documento, ficou decidido que a lista de oradores dos debates gerais, deve sempre levar em contra as tradições da ONU, sendo o primeiro discurso o do Brasil.

Segundo o mesmo estudo da UPF (2016), uma de suas principais contribuições na Carta é o Artigo 8, segundo o qual “as Nações Unidas não farão restrições quanto à elegibilidade de homens e mulheres destinados a participar em qualquer caráter e em condições de igualdade em seus órgãos principais e subsidiários”. O artigo expõe que a sugestão da mesma enfrentou a oposição da diplomata dos EUA, segundo a qual “as mulheres não seriam excluídas de participar da Organização de qualquer maneira”. Da mesma maneira, a UPF aponta que:

Outras contribuições de Bertha Lutz constam no próprio preâmbulo da Carta, que cita a igualdade de direito de homens e mulheres. Lutz fez questão de incluir a palavra “mulher” no texto, mesmo com colegas defendendo, na ocasião, que o trecho “direitos humanos para os homens” seria suficientemente inclusivo.

Além disso, como afirmou o representante do Itamaraty Eugênio Garcia, em entrevista á ONU News, acerca da participação do Brasil nas Nações Unidas (2015):

A delegada brasileira Bertha Lutz foi muito combativa na época. E um pouco graças a esse esforço, se criou mais tarde a Comissão do Estatuto da Mulher. Outra área foi saúde. Também com um esforço da delegação brasileira, se conseguiu colocar a questão da saúde como uma preocupação presente na Carta. Esses esforços acabaram resultando na criação da OMS (Organização Mundial da Saúde).

3 A DUDH E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Em dezembro de 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), sendo a primeira vez na história que um compromisso global entre países foi firmado com a proposta de direitos semelhantes para todos os seres humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos,

[...] foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita - e de forma muito parcial, ou seja, com omissão de tudo o que se referia à União Soviética e de vários abusos cometidos pelas potências ocidentais [...]. Além disso, nem todos os membros das Nações Unidas, à época, partilhavam por inteiro as convicções expressas no documento: embora aprovado por unanimidade, os países comunistas (União Soviética, Ucrânia e Rússia Branca, Tchecoslováquia, Polônia e Iugoslávia), a Arábia Saudita e a África do Sul abstiveram-se de votar. (Grifo meu, COMPARATO, 2003, p. 136)

Outros documentos já haviam propagado este ideal de direitos, como a Declaração de Direitos de 1689, elaborada após as guerras civis inglesas e a Declaração dos Direitos do

Homem e do Cidadão, após a revolução francesa. Ainda assim, todas com pretensão de aceitação local, refletindo os valores e a realidade daquelas sociedades.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a primeira declaração com pretensão de efetivação e legitimidade à nível global, que serviria para toda e qualquer sociedade, e ser humano nela inserida. O documento teve a participação de 50 países, e foi analisado por um comitê de 8 países, em 1947. Comitê este, presidido por Eleanor Roosevelt, viúva do presidente americano Franklin D. Roosevelt, e René Cassin, o responsável pelo primeiro esboço da declaração.

A DUDH não é um documento formalmente obrigatório, no entanto, serve de base para muitos outros documentos internacionais, como importantes tratados e acordos entre nações, assim como cartas constitucionais, a exemplo da Carta Magna brasileira de 1988, e muitos outros textos constitucionais ao redor do globo.

Como Antoon de Baets, no estudo intitulado “O impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos no estudo da História”, “[...] embora a DUDH não tenha força legal, como a única mais importante declaração de ética, sua autoridade é sem paralelo. Muitos juristas estimam que ela tenha adquirido o status de lei consuetudinária internacional.” (2011, p. 2). O mesmo explica que a DUDH “[...] tem inspirado um grande número de tratados. Cortes internacionais e as constituições da maioria dos países usam os direitos humanos como um conceito central. Talvez não exista nenhum texto com mais amplo impacto em nossas vidas do que a DUDH” (2001, p. 2).

A influência da DUDH é facilmente perceptível na Constituição federal de 1988 que foi elaborada com o intuito de dar um novo início à democracia no Brasil, justamente após tudo de 20 anos de ditadura civil-militar iniciada com o golpe de 1964. Por isso, tal Carta Magna deu grande importância aos direitos básicos da população direitos e garantias fundamentais inscritos em seus artigos 5º ao 17.

Outra influência da DUDH sobre os textos constitucionais, é o fato de trazer à luz a necessidade dos Estados-Nações não só *preverem* em seu corpo direitos e garantias, mas de *prescreverem instrumentos* para efetivá-los ao seu próprio cargo. O que levou o legislador constituinte brasileiro à trazer forte teor programático à Lei Maior de 1988, isto porque dispõem de diversas iniciativas do poder público na manutenção garantia e promoção de direitos básicos a todo e qualquer cidadão brasileiro, residentes ou estrangeiros.

4 OS DIREITOS HUMANOS

4.1 Noções gerais e características

André de Carvalho Ramos (2014 p. 24) explica que “os direitos humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna.”

Nesse mesmo turno, Ricardo Castilho, (2012, p. 13) explicita que a expressão direitos humanos representa, em sentido amplo, o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos. Esta é a opinião de Carlos Santiago Niño, no livro *Ethics of Human Rights*.

Os três primeiros artigos da Declaração sintetizam o cerne dos Direitos Humanos:

[...] que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie (raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição); e que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (CASTILHO, 2012, p. 13)

Para Ramos (2014, p. 25), os direitos humanos representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. A fundamentalidade dos direitos humanos pode ser formal, por meio da inscrição desses direitos no rol de direitos protegidos nas Constituições e tratados, ou pode ser material, sendo considerado parte integrante dos direitos humanos aquele que – mesmo não expresso – é indispensável para a promoção da dignidade humana.

Dentre as características dos Direitos Humanos, Castilho (2012, p. 16) faz referência a quatro principais: (a) historicidade: decorrem das condições materiais e culturais de uma época. Isto porque, são fruto da evolução histórica de cada povo, razão dada a não serem os mesmos em todas as partes do mundo; (b) inalienabilidade: são direitos indisponíveis e, portanto, não podem ser objeto de quaisquer negociações; (c) imprescritibilidade: os direitos fundamentais não se sujeitam à prescrição, isto é, veda-se ao legislador que estipule prazo para o exercício do direito de ação com vistas a preservá-los; (d) irrenunciabilidade: não pode o particular renunciar aos direitos fundamentais de que é titular. Pode, todavia, optar por não exercê-los em determinadas situações (renúncia ao exercício).

Há, também, quem afirme outras características dos Direitos Humanos como : (e) interdependência: a realização adequada de qualquer um dos direitos humanos não é possível sem a realização de todos os outros; (f) inesgotabilidade: os direitos humanos já reconhecidos em tratados e acordos podem ter seu sentido expandido, e novos podem vir a surgir; (g) efetividade: é dever do poder público providenciar meios e instrumentos de concretização; (h) indivisibilidade: os direitos humanos não podem ser vistos separadamente, todos são igualmente relevantes; (i) vedação ao retrocesso: os direitos humanos já reconhecidos como tais não podem deixar de sê-los, não é possível que haja retrocessos.

Portanto, podemos resumir, como direitos que pertencem à pessoa humana, independentemente de leis, estes: vida, liberdade, igualdade e segurança pessoal. São direitos universais (titularizados por todo e qualquer ser humano) e indivisíveis. (CASTILHO, 2012, p. 14)

E de uma forma célere, Hannah Arendt¹¹⁴ (1975), concluiu que a essência dos direitos humanos é o direito a ter direitos.

4.2 Terminologias e Aceções dos Direitos Humanos

De modo geral, observa-se que o termo “direitos humanos” comporta diversas terminologias, muitas vezes confundidas como sinônimas, mas que apesar da similaridade, carregam conotações diferentes e específicas, razão pela qual se faz importante conhecê-las de modo a inferir as múltiplas aceções do que são os direitos humanos. Terminologias estas: Direitos humanos, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais e direitos fundamentais do homem ou direitos humanos fundamentais.

“Direitos humanos” é a terminologia normalmente empregada em direito internacional, sendo a forma encontrada em diversos tratados e declarações. Liga-se à ideia de proteção do ser humano, em suas múltiplas facetas (CASTILHO, 2012, p. 14). Importante, observar que “humanos”, na expressão, não se refere à titularidade do direito, mas ao bem protegido.

Já “Direitos individuais” é expressão que se relaciona com a origem histórica desses direitos. O mesmo autor demonstra que “critica-se sua utilização porque nem todos os direitos

114 Na obra. “As Origens do Totalitarismo”, 1975.

fundamentais são propriamente individuais, mas apenas os surgidos no bojo das declarações do século XVIII.”

A expressão “Direitos públicos subjetivos” aponta para a ideia de pretensão do indivíduo em face do Estado, e com isso traz a noção de abstenção do Estado em face do particular. Além disso, não faz referência ao papel positivo do Estado na efetivação dos direitos fundamentais. Mas tem o mérito de afastar qualquer inferência no sentido de que estes possuam apenas um dito valor moral (CASTILHO, 2012, p. 15).

Liberdades fundamentais e liberdades públicas, de modo geral, estão ligadas à tradicional formulação de direitos públicos subjetivos. Saliente-se que “liberdades públicas” é expressão amplamente utilizada na França para designar os direitos tidos por nossa Constituição como individuais. Alguns estudiosos verificam que não tais expressões, não sintetizam com precisão o atual estado da evolução dos direitos fundamentais.

Por fim, temos direitos fundamentais e direitos fundamentais do homem ou direitos humanos fundamentais. Terminologias estas, utilizadas no Título II da Constituição de 1988. José Afonso da Silva sustenta ser “direitos fundamentais do homem” a expressão mais adequada, eis que é expressão que engloba não apenas a noção histórica desses direitos, como, também, faz referência direta ao ser humano e a tudo quanto seja indispensável para sua vida digna.

Verifica-se que o termo “direitos fundamentais” é comumente utilizado nos textos constitucionais para se referir aos direitos humanos. Castilho (2012, p. 15) explica que:

A diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, portanto, residiria na positivação daqueles, de modo que podemos apontar a identificação dos direitos fundamentais com uma concepção positivista dos direitos, ao passo que os direitos humanos estão iluminados por uma concepção jusnaturalista.

4.3 Vertentes dos Direitos Humanos

Segundo o pesquisador Régis Coppini Meirelles de Lima, no livro “Estudos e debates em direitos humanos”, consideram-se os direitos humanos em duas categorias: *lato sensu* e *stricto sensu*. Os direitos humanos *stricto sensu* são aqueles garantidos em tempos de paz. Os direitos humanos *lato sensu* são, além dos já mencionados, estes três: direito de asilo, direito dos refugiados e direito humanitário. (APUD CASTILHO, 2012, p. 19)

Acerca da Primeira Vertente: Direito de Asilo, é necessário explicitar que este divide-se em asilo territorial e asilo diplomático. Esta primeira vertente de proteção dos

direitos humanos se dá pelo justo motivo de que, dentre as atrocidades cometidas pelo Estado Nazista, a política de supressão da nacionalidade alemã a grupos minoritários, sobretudo de origem judaica, fazia com as vítimas fossem excluídas de toda proteção jurídica no mundo, sob a visão de Hannah Arendt (1975, p. 290 s). Como observa Fábio Konder Comparato (2003, p. 140), acerca da contribuição da autora para a temática:

Ao contrário do que se supunha no século XVIII, mostrou ela, os direitos humanos não são protegidos independentemente da nacionalidade ou cidadania. O asilado político deixa um quadro de proteção nacional para encontrar outro. Mas aquele que foi despojado de sua nacionalidade, sem ser opositor político, pode não encontrar nenhum Estado disposto a recebê-lo: ele simplesmente deixa de ser considerado uma pessoa humana.

Ricardo Castilho (2012, p. 19) salienta que o documento que rege as condições para a concessão de asilo entre países da América Latina é a Convenção sobre Asilo Diplomático de Caracas, de 1954 (que serviu de base para a Declaração sobre Asilo Territorial da ONU, de 1967). A principal condição é que o solicitante seja perseguido por motivos políticos e não tenha cometido crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. O asilo é temporário e serve para garantir a segurança dessa pessoa diante da ameaça dos perseguidores. No Brasil, no chamado Estatuto do Estrangeiro, o tema do asilo político é tratado nos arts. 28 e 29.

Já a Segunda Vertente: Direito dos Refugiados é demarcada pela promulgação do Estatuto dos Refugiados, em 28 de julho de 1951 pela ONU. Ricardo Castilho (2012, p. 20) demonstra que:

[...] a intenção do documento era levar os países a acolher e proteger pessoas que, em sua terra de origem, fossem perseguidas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou das suas opiniões políticas. Segundo a Convenção, o refugiado obedecerá às leis do país que lhe oferecer refúgio e terá direito a não ser discriminado quanto a raça, religião ou país de origem, podendo continuar a residir no país asilante. No Brasil, a Lei n. 9.474, de 1997, regulamenta procedimentos nacionais relativos ao Estatuto dos Refugiados.

O mesmo autor salienta que esta se deu em consequência dos resquícios bélicos pós-Segunda Guerra Mundial e das guerras de independência que se seguiram, populações inteiras foram deslocadas.

Por fim, a Terceira Vertente: Direito Humanitário, tem raízes no pós-Primeira Grande Guerra, em que combatentes e mesmo civis foram vítimas de crueldades extremas. Quando as atrocidades se repetiram na Segunda Guerra Mundial, diversos países decidiram elaborar a Convenção de Genebra, em 1949. Foram quatro convenções reunidas, e dois

protocolos acrescentados, em 1977. Esse conjunto de acordos ficou conhecido como a Convenção de Genebra. Castilho (2012, p. 20) explica que:

Ao estabelecer regras, entre outras, para o tratamento de prisioneiros de guerra e da população civil dos países em conflito, visando, sempre, a assegurar os direitos fundamentais, o Direito Humanitário constituiu uma clara regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional, representando, pois, uma limitação internacional à atuação dos Estados perante o indivíduo protegido.

4.4 Gerações ou Dimensões dos Direitos Humanos

André de Carvalho Ramos (2014, p. 51) explicita que a teoria das gerações dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. Posteriormente, determinados autores defenderam a ampliação da classificação de Vasak para quatro ou até cinco gerações.

A *Primeira Geração* engloba os chamados *direitos de liberdade*, que são direitos às *prestações negativas*, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São denominados também “*direitos de defesa*”, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado, possuindo caráter de distribuição de competências (limitação) entre o Estado e o ser humano. (RAMOS, 2014, p. 52)

São estes, compostos pelos direitos civis e políticos, por isso são conhecidos como direitos (ou liberdades) individuais, tendo como marco as revoluções liberais do século XVIII na Europa e Estados Unidos, buscando assim uma maior abstenção do Estado, visto que à época o Estado era a figura do soberano, gerando uma série de abusos. São, entre outros, o direito à liberdade, igualdade perante a lei, propriedade, intimidade e segurança, traduzindo o valor de liberdade. O Estado tem tanto papel passivo (abstenção em violar os direitos humanos, ou seja, as prestações negativas) quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça.

Por conseguinte, a *Segunda Geração de direitos humanos*, representa uma modificação da relação do social com o Estado, exigindo-lhe um vigoroso papel ativo. Essa modificação de pensamento se deu por influência das doutrinas socialistas, com uma reivindicação de um papel ativo do Estado em assegurar uma condição material mínima de sobrevivência.

Os direitos sociais são, também, titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado. São reconhecidos o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.

Segundo Ramos (2014, p. 52) :

Os direitos humanos de segunda geração são frutos das chamadas lutas sociais na Europa e Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua Parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo direitos dos trabalhadores.

Já os direitos de *Terceira Geração* são aqueles de titularidade da comunidade, como o direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.

4.4.1 Críticas e reformulações à Teoria das Gerações ou Dimensões dos Direitos Humanos

Superadas as explicações acerca desta visão já consagrada na doutrina acerca das três dimensões ou gerações dos direitos humanos, há quem defenda o nascimento de uma quarta geração, resultante da chamada “globalização dos direitos humanos”, a exemplo de Paulo Bonavides.

Seria esta correspondente aos direitos de participação democrática (democracia direta), direito ao pluralismo, bioética e limites à manipulação genética, fundados na defesa da dignidade da pessoa humana contra intervenções abusivas de particulares ou do Estado. Bonavides agrega, ainda, uma quinta geração que seria composta pelo direito à paz em toda a humanidade.¹¹⁵

O Supremo Tribunal Federal utiliza a teoria geracional, com a seguinte síntese, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

115 Segundo André de carvalho Ramos (2014, p. 53), “[...] Parte da doutrina critica a criação de novas gerações (qual seria o limite?), apontando falhas na diferenciação entre as novas gerações e as anteriores, além da dificuldade em se precisar o conteúdo e efetividade dos ‘novos’ direitos.”

[...] os *direitos de primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os *direitos de segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os *direitos de terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade” (grifo não constante do original, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995)

Entretanto, por mais que consagrada didaticamente, a teoria geracional enfrenta críticas por alguns doutrinadores atualmente. André de Carvalho Ramos tece alguns apontamentos nesse sentido.

Na sua visão, o primeiro aspecto a ser destacado seria o fato de a utilização do termo “gerações” transmitir, de forma errônea, o caráter de substituição de uma geração por outra. Se os direitos humanos representam um conjunto mínimo de direitos necessário a uma vida única, conseqüentemente, uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação.

Em segundo plano, a enumeração das gerações pode dar a ideia de antiguidade ou posteridade de um rol de direitos em relação a outros: os direitos de primeira geração teriam sido reconhecidos antes dos direitos de segunda geração e assim sucessivamente, o que efetivamente não ocorreu¹¹⁶.

Em terceiro lugar, a teoria geracional é rechaçada por apresentar os direitos humanos de forma fragmentada e ofensiva à indivisibilidade (característica que estudaremos em capítulo próprio). Embora essa teoria geracional, à primeira vista, seja razoável para fins didáticos, na prática serve como justificativa para a diferenciação do regime de implementação de uma geração em face da outra.

O caso sempre lembrado dessa consequência da teoria geracional é a diferença entre o regime de proteção dos direitos de primeira geração em relação aos direitos de segunda geração. Em vários países, combatem-se com rigor a discriminação e as ofensas ao princípio

116 Para Ramos (2014, p. 53), “No Direito Internacional, por exemplo, os direitos sociais (segunda geração) foram consagrados em convenções internacionais do trabalho (a partir do surgimento da Organização Internacional do Trabalho em 1919), antes mesmo que os próprios direitos de primeira geração (cujos diplomas internacionais são do pós-Segunda Guerra Mundial, como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948).”

da igualdade no tocante aos direitos individuais clássicos, mas se aceitam as imensas desigualdades no âmbito dos direitos sociais. (RAMOS, 2014, p. 53)

A conclusão que o mesmo realiza é que :

Com isso, em que pese às críticas, a teoria das gerações continua a ser um instrumento didático de compreensão dos direitos humanos e sua inexauribilidade (sempre há novas demandas sociais, gerando novos direitos), não podendo, é claro, ser usada para impedir a unidade dos direitos humanos e uma visão integral desse conjunto de direitos, todos essenciais para uma vida humana digna. (RAMOS, 2014, p. 53)

5 EFICÁCIA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE UM DISCURSO ÚNICO

Analisado todo esse histórico, desde os horrores da 2ª Guerra Mundial, a Carta da ONU, bem como a geração dos Direitos Humanos através da DUDH, faz-se necessário debruçar-se acerca do maior objetivo da mesma, que é não só prescrever direitos, mas *principalmente* concretizá-los, como um esforço que deve ser conjunto entre todos os Estados-membros, de modo a tornar este, um discurso único a ser defendido, buscado e aplicado por meio de diversos entes e poderes da administração pública em cada um desses países. Cada nação a sua maneira, porém sob preceitos gerais e universais pela ONU prescritos, e que por eles devem ser realizados.

Como André de Carvalho Ramos (2014, p. 25) muito bem explica:

Os direitos humanos têm distintas maneiras de implementação, do ponto de vista subjetivo e objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a realização dos direitos humanos pode ser da incumbência do Estado ou de um particular (eficácia horizontal dos direitos humanos, como veremos) ou de ambos, como ocorre com o direito ao meio ambiente (art. 225 da CF/88, que prevê que a proteção ambiental incumbe ao Estado e à coletividade). Do ponto de vista objetivo, a conduta exigida para o cumprimento dos direitos humanos pode ser ativa (comissiva, realizar determinada ação) ou passiva (omissiva, abster-se de realizar). Há ainda a combinação das duas condutas: o direito à vida acarreta tanto a conduta omissiva quanto comissiva por parte dos agentes públicos: de um lado, devem se abster de matar (sem justa causa) e, de outro, tem o dever de proteção (de ação) para impedir que outrem viole a vida.

A concretização dos Direitos Humanos é de suma importância, já que “[...] uma sociedade pautada na defesa de direitos (sociedade inclusiva) tem várias consequências. A primeira é o reconhecimento de que o primeiro direito de todo indivíduo é o direito a ter direitos. Arendt e, no Brasil, Lafer sustentam que o primeiro direito humano, do qual derivam todos os demais, é o direito a ter direitos.” (RAMOS, 2014, p. 25).

No Brasil, o STF adotou essa linha ao decidir que “direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades” (ADI 2.903, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-2005, Plenário, DJE de 19-9-2008).

Uma segunda consequência é o reconhecimento de que os direitos de um indivíduo convivem com os direitos de outros. O reconhecimento de um rol amplo e aberto (sempre é possível a descoberta de um novo direito humano) de direitos humanos exige ponderação e eventual sopesamento dos valores envolvidos. (RAMOS, 2014, p. 25)

Para Ramos (2014, p. 28), “a universalização dos direitos humanos é uma obra ainda inacabada[...]”. Não estão ditos, e postos, e assim finalizado o trabalho em uma declaração universal, na verdade só se valerão a partir de uma constante continuidade na construção desses direitos, que se dá por meio de sua efetivação.

Isto porque, os direitos humanos só serão cumpridos se realmente postos em prática, a partir de medidas governamentais planejadas de maneira descentralizada, no sentido de estados, municípios, distrito federal, órgãos públicos, entidades privadas, sociedade civil, todos se mobilizarem a fim de transformar a concretização de Direitos Humanos como um discurso único em constante luta para sua efetivação.

Após elucidado o entendimento de que o exercício dos direitos humanos só será possível por meio de políticas públicas e estratégias de efetivação que devem contemplar todos os poderes públicos em todas as esferas níveis da administração pública, é possível citar algumas iniciativas louváveis em território nacional na busca de trazer para a realidade os tão simples e básicos direitos humanos, mas de concretização complexa, uma vez que exige um esforço conjunto de diversas searas, e um real compromisso dos agentes públicos.

Algumas iniciativas brasileiras já estão a cargo desta pauta : a busca da efetivação de Direitos Humanos. Em primeiro lugar, o Brasil conta com um Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), que orienta a atuação do poder público no âmbito dos Direitos Humanos. O PNDH-1, é datado de 1996, e revisado em 2002. A terceira versão PNDH-3, instituído pelo Decreto Nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009, vigente até os dias atuais, ampliou o conteúdo das versões anteriores ao prever orientações para trabalho dos 3 poderes com objetivo de concretização dos direitos humanos no dia a dia da sua atuação. Na figura do que dispõe em seu art. 5º : “Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os órgãos do Poder Legislativo,

do Poder Judiciário e do Ministério Público, serão convidados a aderir ao PNDH-3.” O mesmo decreto, enumera em seu art. 2, os eixos orientadores e suas respectivas diretrizes¹¹⁷ :

Art. 2º O PNDH-3 será implementado de acordo com os seguintes eixos orientadores e suas respectivas diretrizes:

- I - Eixo Orientador I: Interação democrática entre Estado e sociedade civil
- II - Eixo Orientador II: Desenvolvimento e Direitos Humanos
- III - Eixo Orientador III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades
- IV - Eixo Orientador IV: Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência
- V - Eixo Orientador V: Educação e Cultura em Direitos Humanos
- VI - Eixo Orientador VI: Direito à Memória e à Verdade

Ao que dispõe, em seu anexo acerca dos eixos orientadores: Diretriz 1: Interação democrática entre Estado e sociedade civil como instrumento de fortalecimento da democracia participativa: (i) Garantia da participação e do controle social das políticas públicas em Direitos Humanos, em diálogo plural e transversal entre os vários atores sociais. (ii) Ampliação do controle externo dos órgãos públicos (DECRETO Nº 7.037/2009).

Diretriz 2: Fortalecimento dos Direitos Humanos como instrumento transversal das políticas públicas e de interação democrática: (i) Promoção dos Direitos Humanos como princípios orientadores das políticas públicas e das relações internacionais. (ii) Fortalecimento dos instrumentos de interação democrática para a promoção dos Direitos Humanos. (iii) Desenvolvimento de mecanismos de controle social das políticas públicas de Direitos Humanos, garantindo o monitoramento e a transparência das ações governamentais (DECRETO Nº 7.037/2009). E assim o texto do decreto se debruçar a traçar diretrizes, objetivos estratégicos, suas respectivas ações programáticas e os devidos agentes responsáveis na efetivação de direitos humanos em diversas searas.

Em segundo plano, outra seara de atuação é o enfrentamento ao trabalho escravo proibido expressamente no art. 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e também, no Código Penal brasileiro no art. 149. É entendido como trabalho escravo, jornadas exaustivas acima do previsto em lei, trabalho forçado, servidão por dívida e condições degradantes. A Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) realiza atividades de prevenção de novas ocorrências, capacitação e reinserção no mercado de trabalho.

¹¹⁷ Diretrizes aqui suprimidas, em razão de seu extenso teor. Inteiro teor : BRASIL. Decreto Nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

A Constituição Federal prevê em seu art. 5º que ninguém será submetido a tortura ou tratamento degradante, a DUDH prevê o mesmo, em seu art. 5º, coincidentemente. Para que essa proibição seja efetiva, a Lei nº 12.847/13 criou o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à tortura. E além deste, também foi criado o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (NBC), este na seara civil, no qual peritos especializados responsáveis por verificar ocorrências de tortura em hospitais psiquiátricos, abrigos de idosos e instituição associativa de atenção disciplinar. Constatadas as violações, são enviados relatórios para que as medidas cabíveis sejam adotadas. O sistema conta, ainda, com o Comitê Nacional de Combate à Tortura, composto por 23 membros do executivo e 12 membros de conselhos de classe profissionais e de organizações da sociedade civil.

Em terceiro plano, é importante salientar que a documentação básica é um direito humano fundamental para o exercício da cidadania, pois é a partir da certidão de nascimento que se pode obter os demais documentos básicos. Direito este defendido e implementado pelo Decreto nº 6288 de 2007, que instituiu o Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e ampliação do Acesso à Documentação básica.

Em quarto, destaca-se o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (EMEBH) é uma política pública por meio de um documento que estabelece princípios e objetivos de ação implantando a educação básica, superior, e não formal, além da educação dos profissionais do sistema de justiça e segurança pública e educação e mídia, acerca de Direitos Humanos.

Em quinta análise, salienta-se acerca do decreto nº 7.053 de 2009 que instituiu a Política Nacional para população em situação de rua, busca assegurar o acesso amplo e seguro aos serviços e programas que integram as diversas políticas. Este possui entre seus princípios, além da igualdade e equidade, o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à convivência familiar e comunitária, a valorização e o respeito à vida e a cidadania, o atendimento humanizado e universalizado, além do respeito às condições e diferenças sociais.

Todas essas políticas-públicas, bem estruturadas em sua exegese, porém, não tão bem sucedidas no plano prático, uma vez que faltam investimentos para muitos dos agentes responsáveis por implementá-las, existe ainda exacerbado desvio de verba pública para estas iniciativas que ao chegarem à base, ao elo mais frágil chegam projetos e atuações defasadas e carentes de meios para sua plena efetivação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste interim, é perceptível a grande relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos para a história da humanidade, que constituiu marco civilizatório. Isto, uma vez que, mesmo tendo sido criada na modernidade, e após os Estados-nações consolidados, moldou e determinou os rumos da História e o modo como cada uma dessas nações iria se desenvolver a partir de então, determinando o certo, o ideal a ser feito pelos governantes como estratégias de governo interno e externo, determinou o que é mínimo e básico a todo e qualquer ser humano, além de ter demonstrado os rumos da melhor convivência entre-Estados em âmbito internacional.

Os Direitos Humanos constituíram marco civilizatório, porque, consolidaram por meio de um pacto internacional a superação do ápice da atrocidade humana contra a própria carne na Segunda Guerra Mundial, e determinaram a vedação a qualquer retrocesso na proteção do bem da vida, da igualdade, e da dignidade da pessoa humana como uma tentativa - a largos passos sendo consolidada - de aproximação do ser humano de sua humanidade.

Porém, para que realmente seja efetivo esse discurso, este precisa ser concretizado. Sair do papel, e ser visto no dia a dia social. Sendo necessário, então, um compromisso a nível global, no qual cada governante se empenha em cumprir os objetivos propostos nos acordos da ONU, e países como o Brasil, ainda em desenvolvimento, enxerguem que só por meio da concretização de Direitos Humanos irão alcançar um patamar superior de desenvolvimento.

Entender que o crescimento econômico, sem garantia de direitos não leva ao desenvolvimento de uma nação. São necessários maiores esforços em políticas públicas e estratégias de efetivação de Direitos Humanos, que devem contemplar todos os poderes públicos, e em todas as esferas níveis da administração pública, cada um com sua obrigação de concretização de Direitos Humanos, de modo a se tornar um discurso único, uníssono e unitário. Isto, não só entre os entes de uma nação, mas também inter-nações com um só ideal, um só objetivo, que não se molde às circunstâncias e que seja em sua completude posto em prática. Não só governantes, mas cada cidadão deve entender a disciplina de Ramos (2014, p. 28), de que “a universalização dos direitos humanos é uma obra ainda inacabada[...]” e precisa da defesa e busca pela sua efetivação de modo contínuo, sendo esta obrigação e para o benefício de todos, a luta pelo “direito de ter direitos” como Hannah Arendt preceitua.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism**, nova edição. Versão original : 1975. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf. Acesso em 13 de dez de 2021.

BERTHA LUTZ: brasileira foi essencial para menção à igualdade de gênero na Carta da ONU **MANGUINHOS, HISTÓRIA CIÊNCIA E SAÚDE**. Sem data de publicação. Disponível em: <http://www.revistahcsm.coc.fiocruz.br/bertha-lutz-brasileira-foi-essencial-para-mencao-a-igualdade-de-genero-na-carta-da-onu/>. Acesso em : 11 de dez de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Rio de Janeiro, 1988.

BRASIL. **Decreto Nº 6.288, de 6 de Dezembro De 2007**. Dá nova redação ao art. 6º e acresce os arts. 6-A, 6-B, 6-C, 13-A e 21-A ao Decreto no 4.297, de 10 de julho de 2002. Brasília, 2007. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6288.htm. Acesso em 12 de dez de 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em 12 de dez de 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 7.053 de 23 de Dezembro de 2009**. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Brasília, 2009. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em 12 de dez de 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 10.063, de 14 de Outubro de 2019**. Dispõe sobre o Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação do Acesso à Documentação Básica, o Comitê Gestor Nacional do Compromisso Nacional pela Erradicação do Sub-registro Civil de Nascimento e Ampliação da Documentação Básica e a Semana Nacional de Mobilização para o Registro Civil de Nascimento e a Documentação Básica. Brasília, 2019. Disponível em : <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.063-de-14-de-outubro-de-2019-221814266>. Acesso em 12 de dez de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.847 de 2 de agosto de 2013**. Institui o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; cria o Comitê Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; e dá outras providências. Brasília, 2013. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12847.htm. Acesso em 12 de dez de 2021.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. Coleção sinopses jurídicas; v. 30. 2ª ed. Editora Saraiva, 2012. São Paulo.

COGGIOLA, Osvaldo. **A Segunda Guerra Mundial - causas, estrutura, consequências**, p. 5. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4181930/mod_resource/content/1/OC%20Segunda%20Guerra%20Mundial%20%284%29.pdf. Acesso em 11 de dez de 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. rev. e ampl. 1º versão : 1936. Editora Saraiva, 2003. São Paulo.

DE BAETS, Antoon. **O impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos no estudo da História**. História da Historiografia: International Journal of Theory and History of Historiography, Ouro Preto, v. 3, n. 5, p. 86–114, 2011. DOI: 10.15848/hh.v0i5.200. Disponível em: <https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/view/200>. Acesso em: 15 dez. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. UNICEF - BRASIL. Sem data de publicação. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 de dez de 2021. Diplomata brasileira foi essencial para menção à igualdade de gênero na Carta da ONU.

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO (UPF). Passo Fundo, publicado em 16 de nov de 2016. Disponível em: <https://www.upf.br/biblioteca/noticia/diplomata-brasileira-foi-essencial-para-mencao-a-igualdade-de-genero-na-carta-da-onu>. Acesso em: 11 de dez de 2021.

Entenda a importância do Mecanismo de Combate à Tortura. CONECTAS - Direitos Humanos. São Paulo (SP), publicado em 14 de ago de 2019. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/entenda-a-importancia-do-mecanismo-de-combate-a-tortura/>. Acesso em 11 de dez de 2021.

ONU 70: A participação do Brasil nas Nações Unidas. ONU NEWS. Publicado em 16 de out de 2015. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2015/10/1528611>. Acesso em 13 de dez de 2021.

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. UNESCO - BRASIL. Presidência da República. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file>. Acesso em: 10 de dez de 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/boaventura/boaventura_dh.htm. Acesso em: 11 de dez de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação direta de Inconstitucionalidade: ADI 2903 PB**. Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 1 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14735256/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2903-pb>. Acesso em 12 de dez de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança: MS 22164 SP**. Tribunal Pleno, Relator Celso de Melo. Brasília, DF, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745049/mandado-de-seguranca-ms-22164-sp>. Acesso em 12 de dez de 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. Editora Saraiva, 2014. São Paulo.

CAPÍTULO 11

OS DIREITOS DO TRABALHO DOS ENFERMEIROS: efeitos nos contratos de trabalho sob as normas vigentes no curso da pandemia

Gabriel Garcia Ribeiro¹¹⁸
Jaqueline Alves da Silva Demétrio¹¹⁹

RESUMO

Buscando uma tratativa acerca dos principais impactos que os dispositivos normativos do ordenamento jurídicos trouxeram aos contratos de trabalho, o presente trabalho valeu-se da enfermagem. Esta profissão é conhecida por já possuir um regime de trabalho peculiar, por estar muito propensa a jornadas de trabalho fora do convencionalmente estipulada em diversos outros contratos, especialmente pela figura do “plantão” em hospitais e outras unidades de atendimento médico, em razão da constante demanda pelos tratamentos de saúde. Considerado um dos trabalhos essenciais durante a pandemia de COVID-19 no Brasil, enfermeiros tiveram alguns dos seus direitos relativizados em nome do combate à propagação do vírus, de modo a conter os efeitos desastrosos que esse pudessem representar às outras relações sociais e de trabalho. Por isso, utilizou-se obras especializadas no assunto para compreender, em um momento inicial, como estava disposto seu contrato antes da pandemia, e, posteriormente, como estes restaram dispostos após a promulgação de normas voltadas para a adaptação do período.

Palavras-chave: Enfermagem; Trabalho; Pandemia.

ABSTRACT

Seeking an approach about the main impacts that the normative devices of the legal system have brought to labor contracts, the present work is based on nursing. This profession is known for already having a peculiar work regime, for being very prone to work shifts outside the conventionally stipulated in several other contracts, especially the figure of the "on duty" in hospitals and other medical care units, due to the constant demand for health treatments. Considered one of the essential jobs during the COVID-19 pandemic in Brazil, nurses had some of their rights relaxed in the name of fighting the spread of the virus, in order to contain the disastrous effects it could represent to other social and labor relations. For this reason, specialized works on the subject were used to understand, at first, how their contracts were arranged before the pandemic, and later, how they were arranged after the promulgation of norms aimed at adapting the period.

Keywords: Nursing; Labour; Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho constitui resultado de atividade avaliativa da disciplina de Direito do Trabalho I, da Universidade Estadual do Maranhão, contando como docente a professora Dr. Jaqueline Demétrio. Os discentes contaram com a liberdade de escolher determinado contrato de trabalho de certa profissão, e dissecar suas especificidades em face das normas vigentes no curso da pandemia de COVID-19 no Brasil, especialmente as Medidas

118 Aluno do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Currículo Acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/3154152297969780>. E-mail: gabriel10garcia10@gmail.com

119 Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

Provisórias, dada celeridade que essa apresenta à repercussão de efeitos no ordenamento brasileiro.

Pandemias, em verdade, configuram um tópico, por vezes, um tanto distante à humanidade, pois não acontecem com tanta recorrência – como são os casos de epidemia – ou, ao menos, não ocorre em proporções tão destrutivas como o vírus da COVID-19 representou. Peste bubônica, cólera, varíola e gripe espanhola, até o século passado, por exemplo, representam algumas dessas pandemias pelas quais o mundo se encontrou em uma situação complicada: em face de tantos óbitos, como adaptar todas as relações sociais para com que haja um futuro das pessoas?

O choque fora o mesmo para todas as nações em 2020, talvez com mais intensidade, devido à facilidade de comunicação e informação no mundo moderno, permitindo com que houvesse certa previsibilidade, como o caso do Brasil, de alguns países em evitar com que resultados tão desastrosos fora do país, aqui se tornassem concretos. No entanto, atenta-se para uma similaridade em todos esses casos de pandemias globais, cada um contou com uma profissão essencial para que houvesse o enfrentamento dessas dificuldades: a da enfermagem.

Os enfermeiros e enfermeiras se tornaram um dos protagonistas durante o período, especialmente em face do desgaste que configurou sua rotina de trabalho, uma luta diária para salvar cada vez mais vidas. Por isso, a profissão escolhida para análise do presente artigo debruça-se sobre esta profissão, sobre as transformações e relativizações que seu contrato de trabalho, ou acordo, passou durante estes meses árduos.

Contou-se, portanto, com obras instigantes, doutrinas trabalhistas especializadas e materiais normativos, a nível federal, que se mostrassem pertinentes para alteração no exercício da profissão. Através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, com a devida delimitação e recorte temático (LAKATOS; MARCONI, 2017), procurou-se estabelecer esse estudo especializado.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE A ENFERMAGEM

“As mulheres enfermeiras sempre existiram, desde tempos imemoriais, circulando de casa em casa, de cidade em cidade; cuidando de outras mulheres, crianças, idosos, enfermos, deficientes e pobres” (LIMA, 2010, p. 11). A profissão de enfermagem carrega uma historicidade em sua prática, pois representa uma das profissões que datam sua existência há muitos séculos. Maria José de Lima (2010), na obra “O que é a enfermagem”, apresenta que

relação de tradição que havia entre as mães que passavam seus saberes sobre o ato de cuidar às suas filhas, entre diversas gerações e diferentes comunidades. Ao que, ainda na Idade Média, era visto como um misticismo ou feitiçaria pela Igreja Católica e outros fanáticos.

De qualquer modo, é inegável a influência que essas primeiras mulheres apresentaram para construir ao que hoje se conhece como a enfermagem, ao que hoje se tem construído acerca de sua definição. E sobre este conceito, a profissional da área esclarece sobre o assunto:

A enfermagem é **uma ciência humana**, de pessoas e de experiências, **voltada ao cuidado dos seres humanos**, cujo campo de conhecimento, fundamentações e práticas abrange desde o estado de saúde até os estados de doença, e é mediado por transações pessoais, profissionais, científicas, estéticas, éticas e políticas (LIMA, 2010, p. 18, grifos nossos).

E o ordenamento jurídico brasileiro, ao valorizar esse labor do cuidado à saúde, atende ao reconhecimento desta profissão a partir da promulgação de alguns documentos legislativos. Um dos primeiros, e principais, o Decreto Nº 50.387, de 28 de março de 1961, também traz uma definição acerca do que trataria, porém voltada aos seus objetivos centrais:

Art.2º O exercício da enfermagem e de suas funções auxiliares compreende a **execução de atos que nos seus respectivos campos profissionais visem a:**
a) observação, cuidado e educação sanitária do doente da gestante ou do acidentado;
b) administração de medicamentos e tratamento prescrito por médico;
c) educação sanitária do indivíduo da família e outros grupos sociais para a conservação e recuperação da saúde e prevenção das doenças;
d) aplicação de medidas destinadas á prevenção de doenças (BRASIL, 1961, grifos nossos).

A profissão consegue ser regulada por diversas leis e outros decretos, que proporcionam diretrizes gerais de como funcionariam as atividades envolvendo a enfermagem. Um desses primeiros dispositivos que se preocupou em traçar um panorama fora Lei Nº 2.604, de 1955, que propõe regularizar o exercício. Entretanto, também é possível de ser encontrado outros documentos dispostos a trazer maiores especificações sobre este trabalho, como seria o caso de portarias, resoluções, pareceres, decisões, notas técnicas, etc., os quais, por mais que não apresentem a mesma força normativa, servem como auxílio para adequada gestão desses profissionais. Eventualmente, ao longo das seções, podem ser mencionados estes dispositivos como parte da fundamentação.

Mediante isso, importa realizar certas considerações sobre como se encontrava dispostos os direitos e deveres trabalhistas dos enfermeiros no período anterior ao surgimento

da pandemia de COVID-19. Para isso, valeu-se de um artigo científico elaborado por dois professores doutores da Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo e um professor mestre desta (que também é advogado), e embora a produção seja um pouco antiga, alguns tópicos conseguem ser utilizados pela continuidade na rotina da profissão.

As suas proteções, em primeiro momento, devem estar em conformidade ao estipulado pelo Art. 7º da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a respeito da sua jornada de trabalho, tem-se que não será superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, desde que haja uma compensação de horários e a redução da jornada, conforme acordo ou convenção coletiva de trabalho (BRASIL, 1988). Na prática, entretanto, é possível observar outros tempos, conforme os autores tratam a seguir:

Na enfermagem, a carga horária semanal de trabalho varia de trinta a quarenta horas semanais, sendo mais comum a jornada de trinta e seis horas/semana. As jornadas diárias de trabalho variam de seis, oito e doze por trinta e seis horas, ou ainda, jornadas de quatro dias de seis horas e um dia de doze horas, conforme o contrato de trabalho (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006).

O acordo ou convenção coletiva mencionado pelo artigo constitucional constitui formas de negociação coletivas. Assim, recorrendo à Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei Nº 5.452/43), o Art. 611 propõe que a diferenciação acerca das convenções coletivas de trabalho (caput) e os acordos coletivos (§ 1º), os quais, de modo geral, envolvem dois ou mais sindicatos na estipulação das condições de trabalho. A partir disso, os autores demonstram que as instituições de saúde que fazem trabalhos ininterrupto em setores da enfermagem, de jornadas de oito e doze horas, geralmente se respaldam em convenções coletivas de trabalho; é possível ainda reduzir a jornada de acordo com essas negociações, porém isso não poderia ser feito em relação à jornada normal visando à diminuição do salário, ainda que tivesse a concordância do empregado (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006).

Quanto aos períodos de descanso e intervalo durante as jornadas contínuas, a CLT dispõe em seu Art. 71, e §1º, o tratamento de que caso este trabalho ultrapasse seis horas seguidas, será obrigatório um intervalo entre uma ou duas horas, para repouso e/ou alimentação; caso fique entre seis e quatro horas, o intervalo devido será de 15 minutos. Entretanto, esta é uma realidade muito distante para uma profissão que lida diretamente com demandas de saúde; quando há alguma urgência e emergência, não se pode esperar quaisquer minutos em favor de um descanso – há uma contrabalança de direitos, um trabalhador e o outro

de vida do paciente, não restando dúvidas que esse sobressairá. É nesse sentido que os professores completam o seguinte raciocínio:

No exercício profissional de enfermagem, devido a natureza das atividades, é comum que os trabalhadores, principalmente os enfermeiros, deixem de usufruir deste seu horário de descanso, devido a demanda de ações que não podem deixar de ser realizadas, adiadas ou interrompidas, como por exemplo a participação em atendimentos caracterizados como urgência ou emergência. Se a jornada diária ultrapassar seis e não exceder oito horas, o intervalo de descanso deverá ser de no mínimo uma hora e no máximo duas, não computadas na jornada diária de trabalho (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006).

Nestes cenários, em que o intervalo pode terminar por não ser concedido, é capaz de se incidir o §4º deste Art. 71, que dispõe que a não concessão, ou até a concessão parcial implicaria “o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho” (BRASIL, 2017), conforme alteração da Lei Nº 13.467/17 na CLT.

Ainda nesta mesma reforma de 2017, outro sistema de duração da jornada de trabalho adquiriu a devida formalidade, e que também é capaz de ser utilizado em convenções ou acordos coletivos de trabalho: o sistema 12x36 (como é popularmente conhecido). Conforme dispõe o Art. 59-A da CLT, haverá doze horas seguidas de trabalho para trinta e seis horas ininterruptas de descanso (BRASIL, 2017). De qualquer modo, atenta-se sempre à regra geral do período de descanso: “Art. 66 - Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso” (BRASIL, 1943).

Indo adiante na matéria dos direitos trabalhistas frequentemente encontrados nessa profissão, os autores mencionam ainda a possibilidade de haver horas extraordinárias durante a jornada de trabalho. Quanto a esta matéria, incidirá o inciso XVI do Art. 7º da CRFB: “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (BRASIL, 1988), em relação às horas extras cumpridas. Além disso, é muito frequente enfermeiros terem de cumprir trabalho noturno, dadas as demandas médicas ocorrerem o dia inteiro. No tocante a isso, prevalece o adicional encontrado no artigo específico da CLT: “Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20 % (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna” (BRASIL, 1946).

Todas estas determinações geralmente se encontram especificadas no acordo ou convenção desses trabalhadores, porém essa regra é capaz de ser relativizada, assim como mencionado anteriormente, indo ao favor do que a própria CLT defende em seu texto legal, no Art. 61. Logo, não se pode falar de uma rigidez contratual acerca desta profissão, e sobre isso, os autores dispõem:

Ocorrendo necessidade imperiosa, a duração do trabalho poderá exceder o limite legal ou convenicionado, seja para fazer face ao motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61 da CLT). Na enfermagem essa situação ocorre com muita frequência, uma vez que imprevistos de diversas naturezas podem impossibilitar a manutenção do quantitativo de pessoal necessário para a consecução das atividades assistenciais, comprometendo, desta forma, **a obrigação ético-legal da instituição e do profissional de zelar e assegurar, ao cliente, uma assistência de enfermagem isenta de danos decorrentes de negligência, imperícia ou imprudência** (arts. 16 e 24 do Código de Ética dos Profissionais de Enfermagem). Assim, supondo que o enfermeiro intensivista que trabalha no período da tarde seja informado que seu colega do período seguinte vai se atrasar por duas horas, devido a problemas particulares, e não havendo outro enfermeiro disponível, este profissional encontra-se diante de uma necessidade imperiosa, qual seja a de dar continuidade à assistência até a chegada do colega (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006, grifos nossos).

A fim de cessar quaisquer outros conflitos com horas excedentes, pode ser o caso também de prevalecer a ferramenta do “Banco de Horas”. Este é reconhecido pela CLT e melhor tratado em seu Art. 59, § 2º, no qual “poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia” (BRASIL, 2001), vistas determinadas circunstâncias. “Essa prática costuma ser adotada com regularidade nos serviços públicos de forma geral e, na área de enfermagem, particularmente, também no setor privado” (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006), esclarece o artigo aqui esmiuçado. Em verdade, toda essa construção da carga horária se faz muito pertinente, afinal o “plantão” é uma prática corriqueira durante a prestação desse serviço, fazendo com que muitas vezes o tempo normal de trabalho seja eventualmente estendido.

Em se tratando do descanso semanal remunerado, tem-se o Art. 1º de sua lei específica (Lei Nº 605/49), que disciplina: “todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas” (BRASIL, 1949), dados outros fatores. Além disso, essa proteção se encontra respaldada tanto na CRFB (Art. 7º, XV), quanto na CLT (Art. 67), porém não existe uma obrigatoriedade que este seja concedido aos domingos, mas sim

uma preferência; para isso, importa perceber o esclarecimento da continuação deste artigo da lei trabalhista: “Parágrafo único - Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização” (BRASIL, 1943). Diante disso, há a seguinte disposição:

No âmbito da enfermagem a transferência do DSR do domingo para qualquer outro dia da semana é muito comum, dado o caráter ininterrupto da assistência e a necessidade imperiosa de assegurar ao paciente uma continuidade do cuidar. Entretanto, é importante que o trabalhador possa folgar também aos domingos, pois esse é o dia em que os filhos, esposa, amigos, estão juntos por mais tempo, o que favorece o fortalecimento dos laços afetivos e sociais (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006).

Por fim, acerca das alterações de turnos de trabalho, havendo alteração do turno noturno para o diurno, aplica-se a conhecida Súmula 265 do TST “A transferência para o período diurno de trabalho implica a perda do direito ao adicional noturno” (BRASIL, 2003). Porém, o mais ideal seria que a própria jornada e as conseqüentes alterações estivessem dispostas nos acordos ou convenções trabalhistas, de modo que gerasse uma maior segurança jurídica entre as partes, evitando quaisquer outros desgastes físicos e emocionais. O artigo termina esta problemática com o presente raciocínio:

Na enfermagem, a alteração de turnos de trabalho, freqüentemente, gera conflitos e insegurança para o enfermeiro, que diante da necessidade do serviço ou por problemas de desempenho do funcionário, precisa alterar seu turno de trabalho. Nestas situações entendemos que o enfermeiro deva buscar anuência escrita do funcionário, explicando-lhe suas razões e estabelecendo acordos favoráveis a ambas as partes (FREITAS; FUGULIN; FERNANDES, 2006).

Assim, constrói-se um referencial teórico de como se encontram dispostas as principais proteções trabalhistas que abarcam a profissão de enfermeiro, em especial quando se trata do período anterior ao ano de 2020. Reforça-se que não basta apenas estar atento às disposições da legislação brasileira, mas também de outros documentos que se mostram pertinentes para respaldar a atuação desses profissionais, como a própria conduta ética e moral pactuada. Trata-se de um exercício profissional que lidará diretamente com a vida de outras pessoas, então facilmente esse direito poderá se sobrepor sobre alguns outros, na medida do possível. A situação, entretanto, fora apertada especialmente com as mudanças provocadas através dos efeitos da pandemia de COVID-19 no mundo, onde estes revelaram-se os protagonistas de uma assídua luta.

3 PRINCIPAIS MUDANÇAS COM OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde (OMS) classificou a disseminação do Coronavírus como uma pandemia, com a indicação de contágio de mais de 118 mil pessoas em 114 países. No Brasil, até aquela altura, já eram 52 casos confirmados da doença. Essa pandemia, contudo, ao contrário das anteriores, tem a especial consequência de uma rápida proliferação, podendo levar ao **colapso o sistema de saúde de um país**. Por essa razão, está provocando essa grave crise mundial e um olhar atento de todo o planeta (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020, grifos nossos).

A pandemia de COVID-19 representou um verdadeiro choque não só aos diversos setores da economia de um país, mas também de todos os lares brasileiros, que se viram assustados pela propagação tão célere de uma doença traiçoeira. Transformações foram inevitáveis para que houvesse a devida adaptação a este novo modo de viver. Mudou-se a maneira de se vestir, de realizar compras, de se cumprimentar, de se relacionar, e, conseqüentemente, mudou-se a maneira de trabalhar.

Muitas dúvidas começam a surgir quanto aos limites permitidos na legislação trabalhista para flexibilização de direitos, na tentativa de minimizar os riscos para todas as partes envolvidas: empreendedores e trabalhadores. **Soluções de toda ordem vêm sendo pensadas, algumas das quais sem a responsabilidade que a situação demanda, porquanto direcionadas à proteção dos interesses de uma ou de outra parte**. Qualquer alternativa que se pense haverá de ter atenção ao todo. Vive-se uma situação excepcionalíssima, uma das maiores consequências globais da pós-modernidade em saúde pública, não sendo possível, por isso, que soluções sejam propagadas sem observância do contexto geral, o que implica a redução de riscos para todas as partes (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020, grifos nossos).

As atividades relacionadas à prestação de serviços representaram uma categoria que mais se encontrou dificuldade na adequação às medidas de isolamento social. Outras profissões apresentavam uma predisposição para realização de suas funções fora das dependências de trabalho do empregador, preferencialmente dentro de seus próprios lares, que vai ao encontro do, mais adotado, regime de teletrabalho, o qual permitiria o contato daquele com o empregado, de modo que se exercesse “as atividades laborativas por meio de recursos eletrônicos e de informática, principalmente o computador e a internet” (GARCIA, 2021).

Enfermeiros, e até outros profissionais da saúde, como médicos e socorristas, por sua vez, encontraram-se em uma situação mais apertada ainda, pois configurariam a profissão que estaria em linha direta ao combate à propagação da doença. Suas atividades nunca pararam. Em verdade, assim como será exposto a seguir, sua atuação teve um aumento, em face das

constantes demandas de atendimento médico que o tratamento exigia em certos casos. E quanto a essa relativização quanto ao seu exercício profissional, direitos esses que já pareciam consolidados, assim como elucidado anteriormente, e que representou matéria de discussão em doutrinas especializadas, especialmente após a decretação de Medidas Provisórias e outros dispositivos reguladores da profissão.

As Medidas Provisórias foram uma das principais soluções encontradas pelas lideranças de governo para que houvesse uma rápida adequação à brusca mudança que o período representou, afinal consegue fazer com que seus efeitos tenham pertinência no ordenamento jurídico sem antes ter que passar por uma extensa votação no Congresso Nacional. Os primeiros dispositivos que tomaram destaque e serviram para o processo de adaptação inicial, portanto, foram as Medidas Provisórias de nº 927, de 22 de março de 2020, e 936, de 1º de abril de 2020, ambas revogadas. Entretanto, Medida Provisória Nº 1.046, de 27 de abril de 2021, proporciona um tratamento muito similar à primeira, revelando ainda sua relevância aos contratos de trabalho.

Para efeitos de análise investigativa, optou-se por dissecar artigos selecionados da medida provisória mais recente, os quais, quando comparados com a mais antiga, possuem redações praticamente iguais. Em se tratando da jornada de trabalho dos estabelecimentos de saúde, em especial os hospitais, tem-se o seguinte:

Art. 27. Fica permitido aos **estabelecimentos de saúde**, durante o prazo definido no art. 1º, por meio de **acordo individual escrito**, inclusive para as atividades insalubres e para a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis horas de descanso:

I - prorrogar a jornada de trabalho, nos termos do disposto no art. 61 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943; e
II - adotar escalas de horas suplementares entre a décima terceira e a vigésima quarta hora do intervalo interjornada, sem que haja penalidade administrativa, garantido o repouso semanal remunerado nos termos do disposto no art. 67 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943 (BRASIL, 2021).

A referida prorrogação, do inciso I, se encontra legitimada ao Art. 61 da CLT, o qual trata de situações de força maior, ou para “atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto” (BRASIL, 1943), ao que é reconhecido como uma necessidade imperiosa. O Art. 67, por sua vez, trata exatamente do mencionado regime de intervalo entre jornadas, que preferencialmente deveria aos domingos, o que está mais distante ainda de se materializar como regra nessa profissão. Sobre este artigo, acrescenta-se a seguinte interpretação:

O art. 26 volta-se exclusivamente aos empregados em estabelecimentos prestadores de serviços de saúde, permitindo, mediante mero ajuste individual por escrito, a prorrogação da jornada, mesmo se insalubre o ambiente e estiver o profissional submetido a jornada de 12x36, por se tratar de necessidade imperiosa decorrente de motivo de força maior, contemplada no art. 61 da CLT. Também autoriza o estafante trabalho extraordinário de tais empregados com jornada por até 24 horas sem que se possa invocar a inobservância do intervalo interjornadas de que trata o art. 66 da CLT, em clara contrariedade às disposições mínimas da CLT em matéria de limitação horária (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2020, p. 102).

Em análise sequente, tem-se o Art. 28 da referida MP de 2021, transcrito da anterior com devidas alterações:

Art. 28. As horas suplementares computadas em decorrência da adoção das medidas previstas **caput** no art. 27 poderão ser compensadas, no prazo de dezoito meses, contado do fim do prazo estabelecido no art. 1º, por meio de banco de horas ou remuneradas como hora extra. (BRASIL, 2021, grifos da lei)

Neste, faz-se menção de ferramentas já estudadas anteriormente, especificamente o “banco de horas” e as horas extras. O dispositivo traz um reforço no sentido de que o horário a mais trabalhado não será em vão, mas sim relativizado de modo a ser compensado em um ano e meio, contados do fim do prazo do Art. 1º, que era de 60 dias (o prazo normal para este tipo de norma) da data de publicação (27 de abril), o qual pode ser prorrogado, o que aconteceu de fato, vistas as condições assustadoras de propagação do vírus após o início do ano de 2021. A doutrina especializada tece seus comentários acerca deste dispositivo:

A permissão para tamanha extrapolação horária pode ser explicada pelo delicado momento nacional, a exigir a colaboração máxima dos profissionais da saúde. Certamente não causará estranheza a regra, no âmbito dos trabalhadores da área dos cuidados da saúde humana, porque sua realidade cotidiana revela a corriqueira adoção de regimes de jornada dentro de tais exorbitantes parâmetros (como as conhecidas jornadas de 24x72) (SOUZA JÚNIOR *et al*, 2020, p. 102).

Partindo para outra temática pertinente sobre a matéria, Garcia (2021), em sua obra que dissecou as transformações trabalhistas em face da pandemia, dispôs no seguinte sentido:

Sendo assim, é possível que a doença decorrente do coronavírus se enquadre como doença profissional (por exemplo, no caso de enfermeiro que fique doente no exercício da sua profissão, em razão de contato com pacientes infectados) ou doença do trabalho (por exemplo, no caso de empregado que fique doente em razão das condições especiais em que o trabalho é realizado, como o contato frequente com o público durante a jornada de trabalho) (GARCIA, 2021, p. 219).

Entretanto, não fora essa a realidade encontrada com a promulgação da MP 927/2020, ou ao menos não de maneira tão fácil: “Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (**covid-19**) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexos causal” (BRASIL, 2020). Este artigo, juntamente ao que fornecia uma tratativa aos auditores fiscais, além dos mencionados anteriormente, representaram uma das redações de norma mais polêmicas ao ordenamento, visto sua aplicabilidade questionada em pauta de diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. A principal consequência disso, portanto, fora a sua não transcrição à medida provisória seguinte (não há um correspondente), diferente dos outros artigos mencionados.

Indo além na investigação temática, observa-se que os equipamentos de trabalho desses assistentes da saúde passaram por uma transformação. Máscara de proteção respiratória (respirador particulado ou N95), Protetor ocular ou protetor de face, luvas e capote/avental, dentre as principais recomendações do Ministério da Saúde, com base nas orientações do Centers for Diseases Control and Prevention (CDC), a fim de evitar a propagação entre os profissionais e os próprios pacientes. Martinez e Possídio (2020) mencionam a elaboração de um Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), no qual realiza um planejamento de antecipação dos riscos que aquele ambiente de trabalho pode apresentar para a disseminação do patógeno, buscando soluções e alternativas a isso, o que tende a assumir um caráter mais rigoroso quando envolve trabalhadores da área da saúde. Os doutrinadores terminam por explicar essa complexidade no seguinte sentido:

No caso dos empregados envolvidos no enfrentamento e na contenção da pandemia, os equipamentos de proteção coletiva não são suficientes, embora sejam capazes de evitar, especialmente os de sinalização, que os espaços de difusão do vírus, na condição de agente biológico, sejam aumentados. Assim, diante de pacientes em tratamento, é impositiva a sinalização do isolamento, que há de ser feito em espaço físico reservado. Não se pode deixar de considerar, no âmbito da proteção coletiva, e nos termos da NR 32, as questões que dizem respeito aos essenciais lavatórios para a higiene das mãos e à disponibilização de papel toalha, sabonete líquido e lixeira com tampa de acionamento por pedal. Igualmente, cabe um olhar atento para as lavanderias, que devem possuir duas áreas distintas, sendo uma considerada suja e outra limpa. Nunca será um exagero lembrar que a higienização das vestimentas utilizadas nos centros cirúrgicos e obstétricos, serviços de tratamento intensivo, **unidades de pacientes com doenças infectocontagiosas** e quando houver contato direto da vestimenta com material orgânico, deve ser de responsabilidade do empregador. Também não se pode deixar de salientar que trabalhadores não devem deixar o local de trabalho com os Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) e as vestimentas utilizadas em suas atividades laborais, motivo pelo qual as lavanderias integram o rol dos mais importantes equipamentos de proteção coletiva (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020, grifos do autor).

A nível de estudo federal, buscando um amparo em normas vinculativas, estas foram as principais referências encontradas relacionadas à alteração das disposições trabalhistas envolvendo o contrato de trabalho de enfermeiros. Entretanto, existem diversos outros, especialmente quando se analisa recomendações e portarias, especialmente as regionais, que proporcionam um tratamento específico sobre a matéria, porém que seria contraproducente dissecar uma a uma, levando em consideração a proposta dessa seção. O Conselho Federal de Enfermagem (criado pela Lei Nº 5.905, de 1973), por sua vez, possui um material vasto no tocante às transformações proporcionadas nesta classe, especialmente sobre mudanças na realidade das atividades, o que não apresentaria um impacto tão significativo nos contratos de trabalho.

Algumas outras, entretanto, valem a devida menção, como a RESOLUÇÃO COFEN Nº 634/2020, que autoriza e disciplina a ferramenta da teleconsulta de enfermagem, como forma de combate à pandemia, “mediante consultas, esclarecimentos, encaminhamentos e orientações com uso de meios tecnológicos, e dá outras providências” (COFEN, 2020), uma medida pouco conhecida em anos anteriores, porém que se tornou fundamental, em alguns dos hospitais, para permitir com que o paciente, isolado pelo contágio do vírus, evite aglomeração e consequente propagação.

Menciona-se também a DECISÃO COFEN Nº 29/2020 – ALTERADA PELA DECISÃO COFEN Nº 48/2020, por sua vez, suspender “por 60 (sessenta) dias, no âmbito do sistema COFEN/Conselhos Regionais de Enfermagem, todos os prazos processuais previstos no Código de Processo Ético-Disciplinar da Enfermagem” (COFEN, 2020), o que representa uma forma de diminuir maiores burocracias em prol de uma maior agilidade na prestação de serviços.

Por fim, há a RESOLUÇÃO COFEN Nº 637/2020, a qual autoriza, em excepcionalidade, “em virtude da situação gerada pela pandemia da COVID-19, os Conselhos Regionais de Enfermagem a concederem inscrição profissional aos egressos de cursos de enfermagem, de qualquer nível de formação, sem que tenham colado grau, mediante apresentação de declaração de conclusão de curso emitida pela respectiva instituição de ensino” (COFEN, 2020); em outras palavras, devido ao afastamento de muitos trabalhadores por conta do alto grau de infecção, ou até mesmo pelo aumento da demanda de cuidados, permite, em caráter temporário, a contratação de profissionais que não tenham completado

todo o curso, mas que apresentam elevado saber técnico, de modo que o atendimento à saúde seja pleno.

Estas representam algumas das pertinentes mudanças em face da urgência do exercício da profissão no combate a COVID-19. No início deste trabalho, mencionou-se que a profissão de enfermagem em si nasceu de uma tradição passada tipicamente entre mulheres, e neste final, não se busca fazer uma interpretação sociológica deste fato, mas apenas apontar como alguns fatos tendem a perdurar na humanidade. Como forma de noticiar a dura realidade do profissional de enfermagem, em sua desgastante jornada de trabalho, o site do COFEN publicou a seguinte matéria: “A luta contra o coronavírus tem o rosto de mulheres”, em referência ao fato de 84,7% dos auxiliares e técnicos de enfermagem serem do sexo feminino, conforme relatório do Conselho e da Fundação Oswaldo Cruz.

O longo período distante de seus filhos, cônjuges e pais, o risco que representa estar muito próximo a pacientes que estão acometidos na forma mais contagiosa do vírus, a roupa e os equipamentos desconfortáveis que apertam durante todo o expediente, e toda a pressão psicológica são algumas das principais batalhas que estas profissionais precisam enfrentar diariamente em sua rotina, conforme trata o artigo. Uma profissão complicada, mas bela, desgastante, mas, no fim do dia, recompensadora; uma profissão que lidará diretamente com a vida de um indivíduo, e contra esse direito, não há contrato de trabalho que não passe por essa relativização, especialmente em um período poucas vezes vivenciado pela sociedade moderna.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo aqui exposto debruçou-se sobre as transformações promovidas sobre o acordo de trabalho de enfermeiros e enfermeiras em face da pandemia de COVID-19 no Brasil. Para esta metodologia, valeu-se de um artigo especializado sobre as relações de trabalho nesta profissão, doutrinas trabalhistas mais recentes, especializadas na adaptação que as relações trabalhistas sofreriam durante esse período, dispositivos normativos, especialmente as Medidas Provisórias e outros textos de apoio do Conselho Federal de Enfermagem (COFEN).

A profissão da enfermagem, em verdade, é muito ampla, e mediante todo este estudo, cabe realizar algumas inferências acerca dos pontos que tiveram mudanças mais significativas durante a prestação dos serviços.

A primeira delas diz respeito à jornada de trabalho, que, dependendo do local em específico, pode ter mantido sistemas que já funcionavam a um atendimento mais contínuo das diversas demandas de saúde, como o regime de 12x36, ou a adoção de horas complementares, em especial se não houver aparecido outro profissional para a substituição. Entretanto, um dos impactos mais significativos foi que esta jornada poderia ser prorrogada, na medida do possível, e podendo seu trabalho ser recompensado somente em um momento posterior, o que revela uma verdadeira relativização de um direito básico desse ramo do Direito, que seria da remuneração.

Outra alteração faz referência ao seu equipamento de serviço, que pode ter sido estipulado previamente em acordo, porém, necessariamente teve de se adaptar ao uso de EPI's essenciais para evitar a disseminação do vírus no ambiente de trabalho. Por mais básico que isto pareça, essa mudança consegue impactar diretamente sobre a realização das atividades, pois essa passa a ser prestada sobre materiais desconfortáveis, retirando-o de condições ideais de trabalho.

Além dessas, cabe uma última interpretação, a respeito da atuação do COFEN. Este órgão se revelou extremamente pertinente ao fornecer diversas diretrizes que permitissem com que demandas de saúde tivessem provimento com certa urgência, pois o estado clínico de um paciente não é capaz de esperar. Algumas de suas medidas podem terminar sendo mal vistas ou mal interpretadas, entretanto, importa perceber que ele teve de tomar decisões emergenciais, pois as demandas são contínuas. É certo que os efeitos, ainda que negativos, de algumas decisões podem ser colhidos para um futuro, mas que esse futuro seja um em que o vírus não faça mais parte desta realidade. Um em que o país conseguira de fato vencer o combate, e os enfermeiros, em verdade, tenham assumido seus papéis de protagonistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 8 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. [S. l.], 1 maio 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 50.387, de 28 de março de 1961.** Regulamenta o exercício da enfermagem e suas funções auxiliares no território nacional. [S. l.], 28 março 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/d50387.htm. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.666, de 28 de agosto de 1946.** Dá nova redação ao art. 73 da Consolidação das Leis do Trabalho. [S. l.], 28 agosto 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del9666.htm#art1. Acesso em: 7 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. [S. l.], 13 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949.** Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. [S. l.], 5 jan. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10605.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Medida Provisória no 2.164-41, de 24 de agosto de 2001. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF. 24 ago. 2001.

BRASIL. Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF. 22 mar. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 936, de 1 abril de 2020. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF. 1 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 1046, de 27 de abril de 2021. **Diário Oficial da União:** Brasília, DF. 27 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 265.** [S. l.], 2003. Disponível em: http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/1221/Sumulas. Acesso em: 10 ago. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **A luta contra o coronavírus tem o rosto de mulheres.** 2020. Disponível em: http://www.cofen.gov.br/a-luta-contr-o-coronavirus-tem-o-rosto-de-mulheres_79476.html. Acesso em: 10 ago. 2021.

FREITAS, Genival Fernandes de; FUGULIN, Fernanda Maria Togeiro; FERNANDES, Maria de Fátima Prado. A regulação das relações de trabalho e o gerenciamento de recursos humanos em enfermagem. **Revista da Escola de Enfermagem da Usp**, [S.L.], v. 40, n. 3, p. 434-438, set. 2006. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0080-62342006000300017>.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Coronavírus e Direito à Saúde**: repercussões trabalhistas, previdenciárias e na assistência social. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 306 p. ISBN 9786555592672. *E-book*.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. ISBN 9788597010763. *E-book*.

LIMA, Maria José de. **O que é enfermagem**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2010.

MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. **O Trabalho nos Tempos do Coronavírus**. 1 ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2020. 240p. ISBN 9786555591262. *E-book*.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto *et al.* **COVID-19**: e os impactos na área trabalhista. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2020.

Capítulo 12

DESIGUALDADE SOCIAL NO ESPAÇO URBANO E NÃO EFETIVIDADE DA VIDA DIGNA: perspectiva do direito à moradia em São Luís (MA)

Gabriel Barros Fonseca Gomes de Freitas¹²⁰

Laís Maria Costa Andrade¹²¹

Marco Antonio Martins da Cruz¹²²

RESUMO

Esta artigo analisa a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, assentado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no que se refere à moradia enquanto direito social. Fundado em ampla interpretação de dignidade da pessoa humana e pela atuação do Estado na consecução de aspectos mínimos que garantam o bem-estar do indivíduo, o panorama habitacional brasileiro denuncia a ineficiência a determinada parcela da população na promoção de habitações condizentes com os pressupostos mínimos de uma moradia adequada, de acordo com a Organização das Nações Unidas. Utiliza-se de análise bibliográfica e documental para tratamento de dados e manejo de conceitos basilares à formulação da concepção de moradia digna. Evidencia o presente trabalho a precariedade habitacional no que diz respeito ao atendimento à multiplicidade de direitos básicos essenciais ao bem-estar social. Com base em indicadores socioeconômicos, a análise em âmbito nacional e municipal demonstra a discrepância em aspectos como população, renda, bairro e acesso a serviços básicos considerados imprescindíveis na efetivação da moradia digna, como água, energia, gás e tratamento de esgoto. A partir da pandemia de COVID-19 (março de 2020), destacam-se algumas medidas adotadas a fim de minimizar os danos decorrentes desse estado de calamidade pública que intensificou as condições insuficientes de bem-estar de considerável parcela da população, principalmente ao sobrelevar o aspecto segregador socioeconômico.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Moradia; Dignidade; Desigualdade.

ABSTRACT

Explicitly based on the principle of human dignity, the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil exposes housing as a social right. Certainly, based on a broad interpretation of dignity and the role of the State in achieving relative aspects that guarantee the individual's well-being, the Brazilian housing panorama denounces the inefficiency of a portion of the population in the promotion of housing consistent with the assumptions, in accordance with the United Nations. That said, using bibliographic and documental analysis for data processing and management of basic concepts for the understanding of adequate housing, this study highlighted the precariousness of housing with regard to meeting the multiplicity of basic rights essential to social welfare. Thus, an analysis at the national and municipal levels was able to demonstrate the discrepancy in aspects such as population, income, neighborhoods and access to basic services considered essential for the realization of adequate housing, such as water, energy, gas and sewage treatment. So much so that, from the COVID-19 pandemic (March 2020), some measures adopted in order to minimize the data resulting from this state of public calamity that intensified as insufficient conditions of welfare, in particular, stand out part of the population, mainly when the socioeconomic segregation aspect is higher.

Keywords: Human Rights; Housing; Dignity; Inequality.

120 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: gabriel-gbf@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2258100567348139>

121 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: lamcandrade@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2428770475410548>

122 Doutor em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão. Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Direito, Cidade e Relações Socioambientais da Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: marcoamcruz@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4315391085816356>

1 INTRODUÇÃO

O cenário habitacional brasileiro, reflexo da desigualdade social historicamente presente no País, contextualiza-se numa multiplicidade de fatores que concorrem para a não efetividade da moradia digna e adequada. Discorrer sobre direito à moradia exige interpretar os dados que expressam a insuficiência de outros direitos que estão entrelaçados no panorama habitacional. Assim, destacando-se o aspecto socioeconômico como inerente à precariedade da moradia, o presente trabalho aborda a perspectiva da não efetividade, tanto anterior à pandemia de COVID-19, quanto no decurso desta, observando a intensificação, até o momento desta produção em outubro de 2021, de problemáticas que dificultam o exercício de determinados direitos.

Com isso, na primeira parte deste estudo, faz-se uma recuperação de conceitos que dizem respeito à dignidade humana e aos direitos humanos (e a importância de uma interpretação polissêmica). Na segunda parte, analisa-se o panorama nacional de habitação no Brasil, aliado à disposição de dados sobre renda e acesso a serviços básicos essenciais à população, buscando evidenciar a correlação entre esses fatores que configuram as condições das residências de milhões de brasileiros.

A partir da terceira parte, busca-se recortar o objeto de pesquisa à região de São Luís do Maranhão, adotando-se abordagem semelhante ao promover organização teórica e estatística, traçando bairros da capital e expondo informações pertinentes quanto ao acesso a recursos básicos à moradia digna em determinado espaço-tempo. Na quarta parte, por fim, adota-se uma análise do cenário habitacional na perspectiva da pandemia de COVID-19, mais especificamente sobre políticas públicas ou medidas adotadas que objetivaram e objetivam proteger principalmente famílias vulneráveis desde a esfera nacional à municipal.

O presente trabalho, construído mediante análise bibliográfica e documental, visa esmiuçar conceitos e dados estatísticos a fim de promover a devida defesa da moradia digna. Considera concepções teóricas na esfera internacional até a positivação na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e, no viés municipal, a fluência do Plano Diretor, com intuito de evidenciar que a promoção deste direito social fundamental deve ser inerente a outros direitos correlatos.

2 VIDA DIGNA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: VALORES, PROTEÇÃO JURÍDICA E CENÁRIO HABITACIONAL

Na busca pela compreensão da perspectiva habitacional no Brasil, faz-se necessário evidenciar o critério basilar definidor da promoção de direitos fundamentais de forma digna e adequada. No Brasil, o Estado Democrático de Direito tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, Constituição da República Federativa do Brasil). Para melhor analisar este princípio, é necessário compreender a formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como forma de identificar a maneira pela qual os direitos fundamentais são pautados na interpretação da dignidade humana.

Por meio de um ponto de ruptura, marcado por um longo período de regimes totalitários que transpassaram guerras em escalas mundiais no século XX, a fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 foi um marco histórico. Refletiu a tentativa de pressupor uma possível vinculação internacional de finalidade humanitária aos direitos mínimos inerentes à pessoa humana, reação necessária decorrente dos resquícios da Segunda Guerra Mundial. De acordo com o preâmbulo da carta de fundação da ONU, observa-se a reafirmação:

Nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (ONU, 1945, p. 5).

Posteriormente, há reiteração da dignidade humana pela formulação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, oficializada em 10 de dezembro de 1948. Percebe-se que a necessidade contínua de a integrar a esse rol de garantias, e, conseqüentemente, à positivação em direitos fundamentais, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º, diz respeito à imprescindibilidade de um eixo que forneça uma interpretação do que são direitos humanos. Sendo considerados inerentes à pessoa e inalienáveis, eles representam um conjunto de garantias universais em prol do indivíduo ou do coletivo, independente de critérios subjetivos ao homem, ou seja, sem discriminação política, econômica, social ou cultural. Dessa maneira, tendo como pressuposto a dignidade da pessoa humana:

Diferentemente do que ocorre com direitos como liberdade, igualdade, entre outros, a dignidade humana não trata de um aspecto particular da existência, mas sim de uma qualidade inerente a todo ser humano, sendo um valor que identifica o ser

humano como tal. Logo, o conceito de dignidade humana é polissêmico e aberto, em permanente processo de desenvolvimento e construção. (RAMOS, 2020, p. 57).

Assim, o que se busca frisar é que interpelar sobre dignidade humana é promover a indissociabilidade entre a garantia de direito(s) e a interpretação “polissêmica” que envolva condições, indicadores ou a concatenação de outros direitos para efetiva aplicação ao caso concreto. Tendo em vista ordenar a explanação, adentra-se ao cenário habitacional baseado no direito humano e fundamental à moradia. Não apenas exposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 25, como parte do “padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família, bem-estar”, o direito à moradia, no Brasil, é previsto no artigo 6º da Constituição da República, como direito social, no capítulo II. Isto é, os direitos sociais são aqueles que “possuem em seu âmago a atuação garantista do Estado para com os cidadãos, bem como a exigência destes em condições dignas de existência” (RAMOS, 2020, p. 49).

Inserida pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, a moradia, incluída no rol de direitos sociais do artigo 6º, é o direito a obter [ou não ser privado de] habitação, com extensão aos cidadãos que, em decorrência de problemáticas econômicas, não possuam os meios necessários para efetivação deste direito, necessitando, portanto, “da atuação do Estado na promoção de políticas públicas habitacionais” (SILVA, 2010, p. 372). Para tanto, foi instituído o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, pela Lei nº 11.224, de 16 de junho de 2005, bem como o seu Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social.

Não se limita à Constituição da República, está também presente no Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, regulando competências de políticas urbanas em prol do interesse social e bem coletivo (Art. 1º), tendo como diretriz estabelecer condição digna de conforto ao cidadão (Art. 2º). Faz-se presente também nas Constituições Estaduais, a exemplo do Estado do Maranhão, explicitando a exigência de promoção e incentivo de programas habitacionais (Art. 12, alínea i, e Art. 183). No viés municipal, dado como documento legal o Plano Diretor e tomando por base a cidade de São Luís do Maranhão, a Lei nº 4.669/2006 tem como diretriz a moradia fundamentada na dignidade humana (Arts. 2º, 3º, 14). A partir dessas exemplificações, é mister perceber que, como direito social constitucional, a moradia, no ordenamento jurídico, é caracterizada pela diversidade de competências entre os entes e níveis da Administração Pública a fim de fomentar os objetivos voltados à dignidade humana.

Assim, a primazia do direito à moradia se aliou a uma pluralidade de outros direitos que objetivam a necessária adequação à perspectiva do bem-estar do ser humano. Dessa forma, invoca-se o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Tratados de Direitos Humanos da ONU quanto ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No tocante à moradia, observa-se que:

A dignidade inerente à pessoa humana', da qual os direitos contidos no Pacto derivam, requer que o termo 'moradia' seja interpretado levando em conta uma variedade de outras considerações, das quais o mais importante é que o direito à moradia deva ser assegurado a todas as pessoas, independentemente da sua renda ou acesso a recursos econômicos. [...] deve ser entendido não apenas como direito à moradia, mas à moradia adequada. (ONU, 1966, p. 258).

Sendo assim, adequar a moradia, por essa interpretação, significa observar outros direitos mínimos como indicadores para tal finalidade. Disposto no mesmo documento, pode-se elencar, por exemplo: saneamento básico e habitabilidade, energia, acesso à cultura, segurança, acessibilidade. A partir de tal consideração, a perspectiva da habitação se insere num rol de direitos à efetivação do bem-estar social, este devendo ser tratado em harmonia com as políticas públicas para a devida efetivação do que se reconhece por moradia digna.

3 DESIGUALDADE SOCIAL EM CONFLITO COM A GARANTIA DA DIGNIDADE A PARTIR DO DIREITO À MORADIA NA PERSPECTIVA NACIONAL

A desigualdade social não é um tema novo na discussão do contexto urbano brasileiro. Como confluência de fatores e aspectos que remontam à colonização e à configuração socioespacial das áreas, a desigualdade presente no Brasil é analisada sob o ponto de vista das cidades, apresenta uma teia de laços complexos e, por vezes, de difícil separação. Nesse sentido, são notórias, no Brasil, a produção dos espaços e a construção dos ambientes como modos de refletir a separação entre classes sociais e reafirmar o *status* de uma classe sobre outras.

Tal perspectiva se insere, preliminarmente, no âmbito da discussão sociológica sobre a constituição da sociedade brasileira e a manutenção das diferenças sociais com o objetivo de fazer com que determinados segmentos sociais tenham menor acesso a certos atributos para que outros tenham tal acesso de forma abundante (CANO, 2011). Assim, para além do caráter sociológico, há de se compreender a própria discussão em torno dos direitos (ou escassez destes em sua plenitude) partindo-se do aspecto da desconformidade figurada no distinto acesso dos indivíduos aos meios necessários a satisfazer suas necessidades.

À vista disso, importa considerar a questão da moradia, aspecto que remonta aos primórdios da organização social sob o viés físico, que se vem configurando como de extrema relevância para o cenário jurídico desde as mudanças da Era Moderna (considerando o Estado de Direito e a sua modalidade de Estado democrático de Direito) e, no século XX, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), produzida no âmbito da Organização das Nações Unidas. Tal documento positivou internacionalmente a habitação como um atributo necessário para a efetividade da vida digna ao estabelecer que:

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ONU, 1948, grifo nosso).

É nesse sentido que o Brasil, signatário da DUDH, apresenta o direito à moradia a partir da Constituição da República de 1988, concebendo-o em seu art. 6º e definindo-o como “direito social”. Congruentemente a isso, restou ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos da ONU, ratificado no Brasil em 1992, a vinculação do país à promoção do direito à moradia digna.

No entanto, quando se toma à vista o contexto brasileiro no que se refere à implantação de medidas (principalmente advindas do Poder Público) para enfrentar a desigualdade e garantir o acesso à moradia digna a todos, não se efetivam os dizeres assecuratórios dos documentos internacionais e nacionais que preveem o direito à moradia. Um dos pontos a se destacar relaciona-se, para além da concepção do direito à moradia apenas enquanto acesso ao bem material, à prestação [ou falta desta] dos serviços básicos necessários a toda pessoa humana, como energia, água, esgoto e coleta de resíduos.

Isso se verifica pelas estatísticas já publicadas e pelos estudos em processo de publicação. Isto é, a exemplo da “Tese de Impacto Social em Habitação”, análise desenvolvida pela organização “Artemisia”, pelo menos 7,9 milhões de moradias no Brasil não apresentam condições adequadas para seus respectivos moradores e 11 milhões de moradias “não proporcionam condições desejáveis de habitação”, números estes que têm respaldo a partir dos estudos publicados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2019, e pela Fundação João Pinheiro, em 2014 (ARTEMISIA, 2020).

A partir destes dados, é possível perceber que a desigualdade também ganha foco sob o cenário da inadequação habitacional, a qual agrega fatores como carência de infraestrutura, adensamento populacional, inadequação fundiária, cobertura inadequada e inadequação de banheiro. Verifica-se que são inadequadas 22,2% das habitações em que seus moradores têm renda de até 3 salários mínimos, enquanto que o percentual cai para 10,8% quando compreendidas as habitações em que seus moradores possuem renda acima de 10 salários mínimos (ARTEMISIA, 2020).

Quanto aos serviços básicos citados, a situação se torna ainda mais preocupante. De acordo com o estudo da organização Artemisia (2020), 16,4% da população brasileira não é atendida pela rede de abastecimento de água; 45% da população nacional não possui esgotamento sanitário adequado; 7,9% dos brasileiros não possuem serviço de coleta domiciliar de resíduos sólidos e 0,3% dos domicílios brasileiros não possuem acesso à energia elétrica. Mesmo este último percentual (acesso à energia elétrica) sendo baixo, ao considerar sua representação sobre números absolutos, observa-se um panorama precário. A partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2019), a quantidade de domicílios existentes no Brasil é de, aproximadamente, 72 milhões. Se 0,3% desse total não possui acesso à energia elétrica, logo, 216 mil domicílios brasileiros são carentes desse direito.

Nesse sentido, há de se questionar o que ocorre com a noção de cumprimento e seguimento ao princípio de dignidade da pessoa humana quando relacionado ao atributo da moradia digna tendo em vista o conteúdo do documento da ONU? Ora, este não é executado integralmente na perspectiva brasileira. É sabido que as políticas governamentais de moradia e habitação são programadas nacionalmente há muito tempo. Desde a criação do Banco Nacional da Habitação (UFBA, 2021), em 1964, até a implementação de planos mais atuais (como o “Minha Casa Minha Vida” e o “Casa Verde e Amarela”), as medidas para lidar com o acesso à moradia foram implantadas. No entanto, há uma ressalva: é perceptível a preponderância dos aspectos físicos ligados à construção de prédios sem a preocupação com questões essenciais inerentes à vida de cada cidadão (como as examinadas acima).

O direito à moradia e a diminuição da desigualdade social relacionada a este não são enfrentados somente mediante o erguer de estruturas da construção civil, mas, na essência, são intrinsecamente ligados a medidas que propõem condições necessárias ao pleno exercício da vida digna nas habitações. De acordo com o relatório “Um país sufocado – balanço do

Orçamento Geral da União” do Instituto de Estudos Socioeconômicos, quanto às medidas direcionadas ao urbanismo e ao direito à cidade “nada (ou quase nada) foi executado ou mesmo planejado” (INESC, 2020), de modo que recursos destinados estão em constante processo de redução desde 2014. Medidas como o apoio aos sistemas de drenagem urbana sustentáveis e apoio à melhoria das condições de habitualidade de assentamentos precários não constam nem mesmo em valores de “execução financeira” (INESC, 2020).

Diante disso, o conjunto em que são apresentadas as medidas associadas ao advento das condições favoráveis para a moradia digna e para a qualidade de vida sequer pode ser considerado suficiente e satisfatório no apanhado estruturado que se faz quando observadas as questões dos sistemas deficientemente implantados em âmbito nacional. Embora o planejamento urbano seja necessário para se estabelecer, pelo menos no plano formal, direcionamentos essenciais à política habitacional, o que se pode notar no Brasil é que a criação de planos e projetos não se desenvolve, infelizmente, em todos os aspectos de sua integridade na realidade urbana do País. E, nesse sentido, a cidade de São Luís apresenta um quadro não muito distante deste triste cenário brasileiro, conforme apontado no próximo tópico.

4 A CIDADE DE SÃO LUÍS: DESCARACTERIZAÇÃO DA VIDA DIGNA E PANORAMA ATUAL DE DESIGUALDADE NO CONTEXTO DA MORADIA

As desigualdades sociais da cidade de São Luís não são nada novas ou criadas no contexto contemporâneo. Pelo contrário, foram produzidas e, de certa forma, administradas desde os primórdios da colonização do estado do Maranhão e ganham ênfase (tanto no cotidiano popular quanto nas análises acadêmicas) a partir do processo de urbanização acelerado e predatório impulsionado no século XX. O grande êxodo rural e o significativo inchaço populacional de tal período (principalmente a datar da década de 1970) fez com que São Luís sofresse um crescimento desordenado, assim como deu margem a diversos problemas de cunho social na cidade (BURNETT, 2007).

Um desses problemas se apresenta concretamente no cenário habitacional do espaço ludovicense. Existem áreas ao longo de todo o mapa da cidade, nas quais os aspectos de baixa qualidade de vida, advindos muitas vezes da imobilidade estatal frente aos serviços que deveriam ser prestados ou da própria atuação desregrada da atividade privada, já foram, há muito, incorporados. Não é à toa que a percepção de muitos indivíduos a respeito da

visualização dos espaços da cidade torna-se demasiadamente delineada em relação a bairros como Ponta d'Areia e Calhau (de um lado) e Cidade Olímpica, São Cristóvão, Vila Embratel e Coroadinho (de outro lado), denotando diferenças cada vez mais profundas que podem ser facilmente observadas em uma primeira vista da situação no mundo físico (SERPA, 2018).

Legalmente, o município de São Luís, por meio de seu Plano Diretor (Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 2006), define a moradia digna como um aspecto inserido na função social da cidade (a qual está conceituada no inciso I do art. 2º). Para além disso, a moradia digna, nesta mesma lei, é estabelecida como um dos objetivos gerais do referido Plano Diretor (art. 3º, I). Por tal via, ressalta-se também o papel de atuação que a Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 2006, confere ao dispor, no caput do seu Art. 65 (situado no Título referente à Política de Habitação), que: “O Poder Público Municipal implantará uma política habitacional priorizando o acesso da população de baixa renda a (*sic*) terra e à moradia digna, bem como promoverá a intervenção em assentamentos subnormais”. (SÃO LUÍS, 2006).

Com isso, extrai-se, logo de início, a percepção legal municipal no que tange ao conceito de moradia digna, o qual se encontra ambientado a partir do § 1º do art. 65 (Lei nº 4.669/2006), o qual dispõe: “entende-se por moradia digna, aquela que oferece segurança jurídica na posse e no domínio, padrão adequado de habitabilidade, atendida por infraestrutura (*sic*) e serviços públicos” (SÃO LUÍS, 2006).

Tendo isso em mente, quando a análise adentra o âmbito científico, estatístico e acadêmico, as condições analisadas são confirmadas precárias e reiteradas pelos estudos e dados contextualizados. Uma das perspectivas para entender tal situação é o compilado “São Luís em dados”, promovido pelo Instituto da Cidade, Pesquisa e Planejamento Urbano e Rural e pela Prefeitura Municipal de São Luís (2014-2017). Ao examinar esse documento para atestar a desigualdade contrastante nos domicílios particulares permanentes e as condições indesejáveis de muitas destes, nota-se que a rede geral de esgoto, em São Luís, está presente como forma de esgotamento sanitário em uma faixa de 81% a 100% em regiões como a mencionada Ponta d'Areia e Calhau; enquanto que em regiões como Cidade Olímpica, São Cristóvão, Vila Embratel e Coroadinho - as quais apresentam uma população economicamente menos favorecida (IBGE, 2021a) - a faixa apresentada é de 0% a 20%.

E este é apenas um dos aspectos para se analisar as condições de vida e moradia dignas. Quando o ponto estudado se refere ao acesso à energia elétrica, há uma reiteração da desigualdade habitacional que assola a cidade, perpetrando para muitos um cenário

preenchido por poucas (ou ausentes) condições favoráveis de habitação. De acordo com o documento discutido, o eixo Ponta d'Areia-Calhau abrange uma faixa de 99,81% a 100% de domicílios particulares permanentes com energia elétrica, enquanto que no outro eixo referenciado (principalmente na área que compreende a Vila Embratel) essa faixa possui uma maior variação, indo de 0% a 98,80%.

No mesmo sentido mostram-se os dados referentes ao abastecimento de água pela Rede Geral de Distribuição. A partir de tal aspecto, o eixo Ponta d'Areia-Calhau (assim como boa parte da Cohama e do Turu) possui faixa predominante de 86% a 100%, enquanto que grande parte da Vila Embratel e do São Cristóvão (assim como porções consideráveis da Cidade Olímpica e do Sacavém) apresentam faixa predominante de 0% a 19%. A desigualdade também se mostra evidente com a análise do lixo coletado dos domicílios particulares permanentes, que são os espaços de habitação “de uma pessoa ou de um grupo de pessoas cujo relacionamento é ditado por laços de parentesco, dependência doméstica ou normas de convivência, localizado em unidade que se destina a servir de moradia” (BRASIL, 2015). Por grande parte do litoral ludovicense (que inclui o eixo Ponta d'Areia-Calhau) percebe-se a coleta de lixo em uma faixa de 86% a 100%, ao passo que na região mais ao sul do município de São Luís (principalmente nas áreas já mencionadas da Vila Embratel, do Coradinho e da Cidade Olímpica) há a preponderância da faixa de 0% a 60% de lixo coletado (INCID, [201?]).

Estes são alguns dos dados que refletem a situação precária de moradia digna de considerável parte da população ludovicense, assim como permitem esmiuçar um cenário degradante de desigualdade socioespacial que deságua - e por vezes conflui - na segregação socioespacial enfrentada na cidade de São Luís (SERPA, 2018). Embora tal cenário encontre-se em condições tão alarmantes como as mencionadas, é necessário retratar que alguns programas governamentais, importantes para o acesso à moradia de forma digna, estão em processo de implementação. A exemplo disso, destaca-se a reforma do Edifício Governador Archer, pelo Governo do Estado do Maranhão, para moradia de pessoas de baixa renda, prédio situado no Centro de São Luís (MARANHÃO, 2021). Outro exemplo é o Cadastro Habitacional de Interesse Social de São Luís, realizado no âmbito da Prefeitura Municipal, para a aquisição de imóveis dos programas de habitação social (SÃO LUÍS, 2021).

A propósito de tais espécies de programas e políticas, deve-se salientar que a questão da moradia não seja enfrentada somente com a construção de prédios sem que se preocupe

efetivamente com a dignidade humana e, neste caso, com a habitação digna, conforme se observa pelo Comentário Geral nº 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, o qual dá ao direito à moradia o sentido do direito de viver pacífica e harmoniosamente com dignidade no lugar em que se habita (ONU, 1991).

Nesse sentido, os aspectos analisados com foco na cidade de São Luís refletem um espaço urbano construído e gerido, desde os primeiros séculos da colonização maranhense, de forma desigual e segregadora (LACROIX, 2020; BURNETT, 2007). Com a nova ordem constitucional estabelecida em 1988 (assim como pela adesão do Brasil às considerações e deliberações da Organização das Nações Unidas naquilo que tange principalmente à Declaração Universal dos Direitos Humanos), a dignidade da pessoa humana ganha um sentido múltiplo, relacionando-se à nova percepção dos direitos previstos, assim como na concretização destes no plano real. Isto coaduna com a própria previsão legal municipal do Plano Diretor de São Luís (2006), o qual entende que a política habitacional deve observar a moradia digna como “direito e vetor de inclusão social” (Art. 66, I, c).

Com efeito, o ordenamento jurídico democrático pátrio expressa um redimensionamento na questão da moradia e na concepção desta a partir do foco da dignidade da pessoa humana. Passou a estabelecer não mais somente o direito à moradia no aspecto de acesso a prédios e construções, mas também deliberou sobre o caráter de “moradia digna” com que se deve discutir tal eixo. Em São Luís, há considerável período de tempo foram implantados programas e outras medidas governamentais com a projeção do acesso à moradia, principalmente às comunidades de baixa renda e mais vulneráveis economicamente. Deve-se perceber, no entanto, que a garantia da dignidade quanto ao sistema habitacional é, de fato, insuficiente (quando não ausente) dentro do contexto citadino ludovicense, conforme se buscou apresentar.

5 OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO CENÁRIO HABITACIONAL

A pandemia de Covid-19 no Brasil incidiu de forma a intensificar condições precárias de subsistência referentes ao cotidiano de grande parte da população. Seja pela crise no sistema de saúde, pela inflação e até mesmo por uma necessidade de isolamento social, a precarização evidenciada no âmbito da habitação envolve diversos indicadores os quais reacendem a discussão da moradia digna e adequada em tempos de crise. Dessa maneira, é mister salientar que as problemáticas que já existiam são potencializadas ao inferir que a

pandemia de Covid-19 afetou a renda de considerável parcela da população brasileira, com consequência direta em aspectos de habitação, observando também a atuação da Administração Pública no decorrer do estado de calamidade pública.

Em relação ao direito à moradia, primeiramente, houve o reestabelecimento do Projeto de Lei 827/2020, vetado pelo Presidente da República, mas que, posteriormente, teve seu veto derrubado pelo Congresso Nacional no dia 27 de setembro de 2021, com intuito de suspender o despejo de famílias, sob determinados requisitos, até o fim desse mencionado ano, como forma de impedir que milhares de pessoas ficassem desabrigadas. Atrelado a essa ampla finalidade, ocorreu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sob decisão do Ministro Luís Roberto Barroso, em julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 828, a determinação de medida cautelar parcial para suspensão de despejos de coletividades vulneráveis que atendam determinados requisitos fundamentados na respectiva decisão, por seis (6) meses, (para ocupações anteriores a 20 de março de 2020), com possibilidade de estender tais efeitos de acordo com o prosseguimento da pandemia do Covid-19. Nesses dois exemplos, observa-se a preocupação em frear os despejos de famílias durante o período pandêmico, a fim de preservar um direito fundamental previsto no artigo 6º da Constituição da República.

Tomando-se à vista o Estado do Maranhão e a cidade de São Luís, dentre as diversas medidas, têm-se a valorização do direito à moradia na perspectiva de recuperação de imóveis degradados fisicamente com destinação à habitação de famílias de baixa renda. Aqui é necessário destacar o Projeto PAC Rio Anil, o Programa Habitar no Centro e a regularização fundiária em São Luís. O primeiro diz respeito a uma vinculação ao Programa de Aceleração do Crescimento, com pretensão de urbanização e desenvolvimento de habitações, escolas, creches e acessibilidade urbana. De acordo com a Agência de Notícias, Governo do Maranhão, sob atuação da Secretaria de Estado das Cidades e Desenvolvimento Urbano, observou-se que ao menos 1.104 famílias foram beneficiadas no residencial Jomar Moraes, no Parque Pindorama (SECID, 2020), com apartamentos sorteados; e pelo menos 300 famílias foram favorecidas com reforma no Residencial Jackson Lago e Residencial Camboa (SECID, 2021a), medidas necessárias ao fomento de moradia àqueles que não possuíam imóvel próprio ou em estado precário.

Em relação ao segundo programa, trata-se de incentivo à habitação de imóveis no Centro Histórico de São Luís de forma que o Governo possibilite às famílias de baixa renda

uma moradia, promovendo além da habitação minimamente adequada, a revitalização do Centro Histórico, a exemplo do Edifício Governador Archer, em 2021, conforme mencionado neste trabalho, pela destinação da função social a determinadas unidades habitacionais (Lei Nº 10.997/2019). No que se refere à regularização fundiária, trata-se de uma das formas de se garantir juridicamente o direito à moradia, neste caso, por meio da segurança da propriedade às famílias. Assim, a mérito exemplificativo, ainda mediante recolhimento de dados da Agência de Notícias da Secretaria e Estado das Cidades e Desenvolvimento Urbano, em São Luís, noticia-se pelo menos 523 famílias já beneficiadas com regularização de suas propriedades no bairro Sacavém e 200 famílias no bairro Túnel do Sacavém para o respectivo ano pandêmico de 2021, até o momento deste artigo (SECID, 2021d).

Apesar dos benefícios de ter uma moradia fomentada pelo Governo, a exemplo das medidas informadas acima, é necessário reconhecer as dificuldades que a pandemia da Covid-19 intensificara. Se, por um lado, inúmeras famílias foram beneficiadas com moradia, por outro lado, inúmeras sofrem com a alta nos preços de serviços básicos como água, energia, gás e tratamento de esgoto. Dessa maneira, a Lei Estadual do Maranhão Nº 11.280/2020 serve, até o momento deste trabalho, e enquanto perdurar a pandemia do Covid-19 (art. 6º), como um dos planos de contingência dos efeitos negativos do vírus, com a proibição de interrupção nos serviços considerados essenciais (art. 2º, § 1º) por não pagamento, que também integra o rol de indicadores que atestam a adequação de uma moradia considerada digna pela Organização das Nações Unidas.

Com isso, o Governo do Estado do Maranhão buscou minimizar os impactos sociais negativos causados pelo período de calamidade pública, ao proteger principalmente aqueles considerados vulneráveis. Além disso, nos casos de descumprimento da respectiva lei, cabe aplicação de multa com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Art. 5º) e acionamento do PROCON. Por conseguinte, essa medida é coerente uma vez que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2019, 2020, 2021a, 2021b), o Maranhão, em 2020, apresentava renda mensal domiciliar per capita de R\$ 676,00.

Apesar da tendência de aumento em relação aos anos anteriores, é necessário recordar as consequências da alta inflação no país. A mérito de comparação, em 2019, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), segundo o IBGE, em valor acumulado de 12 meses para o mês de maio, foi de 4,65%, ao passo que, em 2021, para o mesmo mês, obteve-se o acumulado de 8,05%. Vale ressaltar que o IPCA, de acordo com o

IBGE (2021b), leva em consideração os indicadores previstos na Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF, como forma de parametrizar o orçamento médio das famílias brasileiras no consumo de produtos e serviços.

Vive-se, assim, um cenário de alta na inflação, afetando negativamente a renda mensal das famílias brasileiras no consumo de produtos e serviços básicos à consecução de uma moradia adequada de acordo com a ONU. Necessita-se, portanto, de auxílios do Governo que viabilizem principalmente a proteção às famílias vulneráveis que não apenas possuem renda baixa, mas se encontram em situação habitacional precária pelo insuficiente acesso aos recursos já dispostos, como água, energia, gás, tratamento de esgoto entre outras demandas.

6 CONCLUSÃO

A vida digna é reconhecida pelas ordens jurídicas internacional e nacional estabelecidas sob o norte da dignidade da pessoa humana a partir de documentos tão importantes como a Carta da Organização das Nações Unidas (âmbito externo) e a Constituição da República de 1988 (âmbito interno). O direito à moradia, intimamente relacionado e reconhecido por tais documentos, põe-se, então, à visão que o concebe mediante o entrelaçamento com a questão da moradia digna (ou adequada). Traçado tal parâmetro, há sob o estudo dessa temática a influência de direitos relacionados a serviços públicos que devem ser amplamente facilitados ao acesso comum e, por vezes, apresentam-se em um cenário diferente deste ideal, marcando, instituindo e reproduzindo desigualdades sistêmicas e notórias.

A proteção jurídica dada à moradia, assim como, frise-se, a seu aspecto digno, torna perceptível um novo redimensionamento que não mais concebe seu acesso somente como uma questão física (construção de prédios), mas também a enxerga intrinsecamente relacionada à dignidade humana no contexto do dia a dia, como a garantia de espaços com acesso à água, energia, tratamento de esgoto, por exemplo, não se afastando da noção que exige as condições salubres de moradia.

No panorama nacional, existe, desde a promulgação da Constituição de 1988, um arcabouço jurídico sobre tais questões que importa a regulação legal a partir do estudo do Estatuto da Cidade e dos Planos Diretores dos municípios brasileiros. No entanto, o campo ideal está relegado a tais dispositivos sem que se realize efetivamente os direitos reconhecidos por eles.

Tratar a vida digna, nesse sentido, para além da concepção e das diretrizes jurídicas, é algo que deve perpassar toda estrutura administrativa, prestativa e social do Estado considerado em seus diferentes âmbitos dos entes federativos. O acesso à moradia digna supera o singular agir da construção de prédios e traz à tona uma discussão que expõe o abandono do Estado, sua inoperância frente às ações de empresas privadas e a pulsante desigualdade social que assola a sociedade brasileira e que ganha significado com as condições inadequadas em que vive considerável parcela da população nacional.

Em São Luís do Maranhão, esses apontamentos não diferem tanto e, por vezes, até se agravam. Dos tempos da colonização aos dias contemporâneos, a cidade de São Luís tem tratado os espaços urbanos de maneira pouco assecuratória no contexto social como um todo. Isso refletiu-se também no aspecto habitacional e delineou um cenário preocupante e segregador da capital maranhense. São Luís apresenta em sua malha urbana obstáculos à efetividade da dignidade da pessoa humana a ecoar na perspectiva habitacional com a reprodução de condições insalubres de moradia para significativa parcela da sociedade ludovicense.

Nesse sentido, percebe-se visualmente duas regiões com distintas características dentro da cidade: a região da “Península” e a região que abrange o entorno da Cidade Olímpica. Tais espaços comparados tornam notória a desigualdade socioespacial da cidade à medida em que se analisa como os serviços públicos são ofertados e têm seu acesso diversificado na vida cotidiana, tendo em vista tanto o cenário antes como durante a pandemia da COVID-19. Assim, percebe-se quanto a questão da moradia é significativa nesse contexto; de um lado, abrangendo casas e edifícios de valiosa estética e estrutura bem pensadas e, de outro, abrigos que são minimamente dignos ou que nem mesmo são adequados para a habitação humana. Configura-se então um contexto grave que, para além da não observação ao programa constitucional e legal, mexe com vidas e lança famílias em situações caracterizadoras de uma pronunciada insegurança social pouco humanas.

REFERÊNCIAS

ARTEMISIA. **Tese de Impacto Social em Habitação**: PPA 2014-2017. [S. l.], ago 2020. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1HlrH4Xa8iQsnaeIzLqzj2L0reroOtO5j/view>. Acesso em: 8 set. 2021.

BRASIL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 828. Distrito Federal**, 3 jun. 2021. Direito constitucional e civil. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tutela do direito à moradia e à saúde de pessoas vulneráveis no contexto da pandemia da covid-19. Medida cautelar parcialmente deferida. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/stf-suspende-meses-desocupacoes-areas.pdf>. Acesso em: 24/09/2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União: Brasília, DF: 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Emenda Constitucional Nº 26**: Altera a redação do artigo 6º da Constituição Federal. Brasil: Diário Oficial da União, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc26.htm. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 18 set. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 827, de 23 de março de 2020**. Estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, urbano ou rural, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2241695>. Acesso em: 23 set. 2021.

BURNETT, Frederico Lago. Da cidade unitária à metrópole fragmentada: crítica à constituição da São Luís moderna. *In*: LIMA, Antônia Jesuíta de (org.). **Cidades brasileiras**: atores, processos e gestão pública. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

CANO, Wilson. Questão regional e urbanização no desenvolvimento econômico brasileiro pós-1930. *In*: CANO, Wilson. **Ensaio sobre a crise urbana do Brasil**. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2011.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Domicílios Brasileiros. *In*: IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **Conheça o Brasil**: População. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/21130-domicilios-brasileiros.html>. Acesso em: 21 set. 2021.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. São Luís (Maranhão). *In*: IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **IBGE Cidades**. [S. l.], 2021a. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/sao-luis/panorama>. Acesso em: 21 set. 2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Agência IBGE Notícias**. Em dezembro,

IPCA sobe 1,35% e fecha 2020 em 4,52%. Estatísticas Econômicas: Brasil, 2021b. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29870-em-dezembro-ipca-sobe-1-35-e-fecha-2020-em-4-52>. Acesso em: 25/09/2021.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Rendimento nominal mensal per capita [2020]**. Portal cidades: Brasil, 2020. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ma/panorama>. Acesso em: 25/09/2021.

INCID (São Luís). **São Luís em dados: PPA 2014-2017**. São Luís: Instituto da Cidade, Pesquisa e Planejamento Urbano e Rural, [201?]. Disponível em: <https://saoluis.ma.gov.br/arquivodacidade/pagina/2227>. Acesso em: 3 set. 2021.

INESC. **Um país sufocado: Balanço do Orçamento geral da União 2020**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, abr 2021. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2021/04/BGU_Completo-V06-1.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

LACROIX, Maria de Lourdes Lauande. **São Luís do Maranhão, Corpo e Alma**. 2. ed. aum. São Luís: Edição da autora, 2020. 380 p. v. 1. ISBN 9788564613218. E-book.

MARANHÃO. **Constituição do Estado do Maranhão de 5 de outubro de 1989**. Assembleia Legislativa do Maranhão, 1989. Disponível em: <http://legislacao.al.ma.gov.br/ged/cestadual.html> Acesso em: 24/09/2021.

MARANHÃO. Governo do Estado do Maranhão. **Vídeo: Moradia digna para 14 famílias no novo Edifício Governador Archer**. [S. l.], 13 set. 2021. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=318837>. Acesso em: 22 set. 2021.

MARANHÃO. **Lei Ordinária N° 10.997, de 29 de março de 2019**. Institui o Programa Estadual “Habitar no Centro”. Assembleia Legislativa do Maranhão, 2019. Disponível em http://arquivos.al.ma.leg.br:8080/ged/legislacao/LEI_10997. Acesso em: 25 set. 2021.

MARANHÃO. **Lei n° 11.280, de 25 de junho de 2020**. Dispõe sobre medidas de proteção aos maranhenses durante o plano de contingência do novo Coronavírus do Governo do Estado do Maranhão. Diário Oficial do Estado do Maranhão: 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=397636>. Acesso em: 19 set. 2021.

ONU, ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Publicada em 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2021-08/A-Carta-das-Nacoes-Unidas.pdf>. Acesso em: 23/09/2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral nº 04**. [S. l.], 1991.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Resolução nº 2.200, de 16 de dezembro de 1966**. Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civis. [S. l.], 16 dez. 1966.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjEoIXc4pDyAhU8J7kGHR6ZBgcQFjAAegQIBRAD&url=https%3A%2F%2Fdocero.com.br%2Fdoc%2Fxxxx0ec&usg=AOvVaw3-buHb_RkD2FKJu2utoVMs. Acesso em: 26/07/2021.

SÃO LUÍS. Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 2006. DISPÕE SOBRE O PLANO DIRETOR DO MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. **Diário Oficial do Município**, São Luís, ano XXVI, n. 195, 11 out. 2006. Disponível em: http://www.saoluis.ma.gov.br/midias/anexos/1188_8-lei_n.4.669_de_11.10.2006_d.o.m._n.195_-_completo.pdf. Acesso em: 23 set. 2021.

SÃO LUÍS. Prefeitura de São Luís. **Cadastro Habitacional de Interesse Social**. [S. l.], 2021. Disponível em: <http://habitacao.saoluis.ma.gov.br/>. Acesso em: 22 set. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES DO MARANHÃO (SECID). **Agência de Notícias**. Governo realiza sorteio de localização de apartamentos do residencial Jomar Moraes, em São Luís. Maranhão, 2 fev. 2020. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=277914>. Acesso em: 23 set. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES DO MARANHÃO (SECID). **Agência de Notícias**. Estado realiza reforma nos Residenciais Camboa e Jackson Lago, em São Luís. Maranhão, 19 jun. 2021a. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=309228>. Acesso em: 22 set. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES DO MARANHÃO (SECID). **Agência de Notícias**. “Posso dizer, hoje, que tenho um lar”, diz beneficiária do Edifício Governador Archer. Maranhão, 14 jun. 2021b. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=319014>. Acesso em: 22 set. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES DO MARANHÃO (SECID). **Agência de Notícias**. Governo amplia ações de regularização fundiária com a entrega de 200 títulos em São Luís. Maranhão, 6 out. 2021c. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=321402>. Acesso em: 6 out. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES DO MARANHÃO (SECID). **Agência de Notícias**. Governo assegura direito à moradia com entrega de 200 títulos fundiários no Sacavém. Maranhão, 10 set. 2021d. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=318662>. Acesso em: 26 set. 2021.

SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES DO MARANHÃO (SECID). **Agência de Notícias**. Em São Luís, mais de 300 famílias recebem títulos definitivos de propriedade. Maranhão, 14 set. 2021e. Disponível em: <https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/?p=312079>. Acesso em: 26 set. 2021.

SERPA, Angelo. Segregação, território e espaço público na cidade contemporânea. *In*: VASCONCELOS, Pedro; CORRÊA, Roberto; PINTAUDI, Silvana (Orgs.). **A cidade contemporânea: segregação espacial**. São Paulo: Contexto, 2018.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010. 468 p. v. 6.

UFBA, Universidade Federal da Bahia. Criado o Banco Nacional da Habitação (BNH). *In*:

UFBA, Universidade Federal da Bahia. **Cronologia do Pensamento Urbanístico**. [S. l.], 2021. Disponível em: <http://www.cronologiadourbanismo.ufba.br/apresentacao.php?idVerbete=1379>. Acesso em: 21 set. 2021.

Capítulo 13

DEVIDO PROCESSO LEGAL, DECISÕES JUDICIAIS, E TUTELA PENAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19

Andrêina Silva Mendonça¹²³
 Henzo Mário dos Santos Silva¹²⁴
 Laura Santos Dias da Costa¹²⁵

RESUMO O presente artigo tem por objetivo suscitar discussões a respeito das novas realidades e desafios jurídicos que surgem, e são rapidamente modificados, com o avançar desta que é uma crise sanitária sem precedente na história da humanidade : a pandemia de Covid-19. Busca-se analisar implicações desta sob a Tutela Penal, o Devido Processo Legal, Decisões Judiciais e o Direito Penal, sem a pretensão de esgotamento da matéria. Perpassando pelas violações infligidas aos Direitos e Garantias Fundamentais, previstos na Constituição de 1988, assim como dos Direitos Humanos, e agressões ao Estado Democrático de Direito, durante a Pandemia. Por meio de análise bibliográfica de obras consagradas na seara do Direito Penal e Constitucional; assim como Resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) durante o período preconizado; os próprios Código Processual Penal e Constituição Federal; além de decretos, portarias e resoluções editados durante o período pandêmico no Brasil.

Palavras-chave: Pandemia. Devido Processo Legal. Tutela Penal. Decisões Judiciais. Direito em tempos de crise.

ABSTRACT The purpose of this article is to raise discussions about the new realities and legal challenges that arise, and are rapidly modified, with the progress of this health crisis that is unprecedented in the history of mankind: the Covid-19 pandemic. It seeks to analyze the implications of this on Criminal Guardianship, the Due Process of Law, Judicial Decisions and Criminal Law, without the intention of exhausting the matter. Passing through the violations inflicted on Fundamental Rights and Guarantees, provided for in the 1988 Constitution, as well as on Human Rights, and aggressions against the Democratic Rule of Law, during the Pandemic. Through bibliographic analysis of works consecrated in the field of Criminal and Constitutional Law; as well as Resolutions of the National Council of Justice of Brazil (CNJ) during the recommended period; the Penal Procedural Code and Federal Constitution themselves; in addition to decrees, ordinances and resolutions issued during the pandemic period in Brazil.

Keywords: Pandemic. Due Legal Process. Criminal Guardianship. Judicial decisions. Law in times of crisis.

123 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: andreinamendonca@aluno.uema.br

124 Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: henzosilva@aluno.uema.br

125 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão. E-mail: lauradacosta@aluno.uema.br

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19, para além de todas as suas implicações negativas intrínsecas à doença, revelou também, diversos aspectos problemáticos que já existiam nas realidades internacionais, e que principalmente no Brasil, há muito já ameaçavam serem motivadores de graves crises quase tanto quanto a primeira. A referida pandemia, apenas acentuou agressões ao Estado Democrático de Direito, violações aos Direitos Humanos, usurpações de Direitos e Garantias Fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, além de desnudar as diversas incongruências e desumanidades do Direito Penal brasileiro, como será tratado no decorrer do presente artigo.

A referida Covid-19 configura-se em:

[...] uma doença causada pelo coronavírus, denominado SARS-CoV-2, que apresenta um espectro clínico variando de infecções assintomáticas a quadros graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde, a maioria (cerca de 80%) dos pacientes com COVID-19 podem ser assintomáticos ou oligossintomáticos (poucos sintomas), e aproximadamente 20% dos casos detectados requer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória, dos quais aproximadamente 5% podem necessitar de suporte ventilatório.¹²⁶

Tal pandemia, é hoje, a forma generalizada e sem precedentes do que fora identificado pela primeira vez em Wuhan, na China, em 01/12/2019, rapidamente se espalhou pelo mundo todo, tendo a Organização Mundial da Saúde classificado o surto como uma pandemia em 11/03/2020. Até o momento atual do redigir deste artigo, 14/11/2020, mais de cinquenta e três milhões de casos ao redor do mundo foram contabilizados, com mais de um milhão de óbitos registrados¹²⁷. A realidade se torna ainda mais assustadora em países em desenvolvimento ou sub-desenvolvidos, como o Brasil, de maneira que supera a casa dos cinco milhões de casos confirmados, com mais de cento e sessenta e quatro mil óbitos, com taxa de letalidade de 2,8%¹²⁸.

Isso, sem contar a sub-notificação que muitos, ao início da Pandemia, eram levados a crer se tratar de uma “intriga de oposição” pelas falas do atual presidente da república Jair Messias Bolsonaro, que descredibilizava as próprias agências reguladoras dos dados, com o

126 Trecho retirado da publicação em site do Ministério da Saúde, na aba que explica “O que é a Covid-19”, para além de informações credenciadas de como se proteger, sintomas da doença, tipos de diagnóstico, e formas de transmissão.

127 Segundo demonstra a Evolução Diária da Covid-19 por meio do levantamento realizado diariamente pelo site Google.

128 Como retrata o Painel Coronavírus Brasil, atualizado em 13/11/2020, às 19:30.

seu negacionismo irreduzível que só serviu para atenuar a progressão da Covid-19 em meses, nos quais se buscava máxima divulgação e defesa da introdução de novos hábitos na vida dos brasileiros como o distanciamento social, uso de máscaras e álcool em gel.

Tais esforços, com o intuito de achatando a curva de contágio¹²⁹ da doença, desde o seu início, de propagação no país, baseado no medo de se repetir situações de caos sanitário e hospitalar, como o ocorreu na Itália. Tal movimentação, em virtude do fato de que era de conhecimento geral que o Sistema Único de Saúde (SUS) tratava-se do único meio de acesso ao tratamento da doença para cerca de 71,5%¹³⁰ dos brasileiros, e que o mesmo não teria recursos e estrutura suficientes para atender toda a demanda brasileira de uma só vez. Isso enquanto que, o referido presidente, chamava a pandemia em início no Brasil de “gripezinha”¹³¹ e que por ter “porte atlético”¹³² não haveria como ser afetado pelo coronavírus (cerca de quatro meses depois, viria a ser testado positivo para a Covid-19¹³³).

Dessa maneira, pode-se observar uma clara violação aos direitos e garantias fundamentais do Estado brasileiro preconizados na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, destacando o dever em garantir a inviolabilidade do direito à vida e à segurança, assim como a dignidade da pessoa humana, previsto em seu art. 1º, inciso III, em soma a isso um nítido desrespeito ao dever de transparência do governo em relação a seus atos¹³⁴, e tomadas de decisão, assim como muitos outros absurdos que colocam em cheque o Estado

129 “A curva tenta nos mostrar o impacto social da transmissão e contágio de uma doença infectocontagiosa. Assim, conseguimos definir, de acordo com a evolução temporal, como a incidência da doença está se comportando. Ou seja, em determinado período de tempo, quantos casos novos surgiram. Com isso, nós conseguimos fazer um gráfico que norteia se está havendo aumento, estabilização ou até declínio do padrão do contágio”, explica Elton Menezes Gomes, médico hematologista. - Trecho retirado do artigo intitulado Curva de contágio do Covid-19: Por que o achatamento é importante? Publicado pelo Blog Hygia, em 31, mar, 2020.

130 “O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) divulgou uma pesquisa que mostra que 71,5% dos brasileiros, ou seja, mais de 150 milhões de pessoas, dependem do Sistema Único de Saúde (SUS) para tratamento. O balanço dado é referente ao ano de 2019, quando a pandemia não havia chegado ainda no país.” Segundo matéria do UOL - Saúde, publicado em 04, set, 2020.

131 Matéria do UOL demonstra citação do presidente Jair Bolsonaro quando questionado acerca da Covid-19 chama o coronavírus de “gripezinha”. O mesmo ainda adiciona: “Não vai me matar”. Publicada em 20 mar, 2020.

132 Revista EXAME publica matéria intitulada: Bolsonaro sobre covid-19: “Não vou sentir nada, fui atleta e levei facada”, cujo subtítulo ressalta que “O presidente voltou a minimizar os impactos do coronavírus, contrariando dados, orientações dos órgãos mundiais de saúde e de seu próprio ministério.” Publicada em: 30/03/2020 às 20h27.

133 Matéria publicada em 07, julho, 2020, pelo site ESTADO DE MINAS. “Resultado de exame de Bolsonaro dá positivo para COVID-19”. “Presidente afirmou que está bem, após ter febre alta, mal-estar e indisposição, sintomas de coronavírus que começaram a se manifestar no último domingo.”

134 O art. 5º da Lei nº 12.527/2011 é claro ao afirmar que “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueado, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”.

Democrático de Direito no Brasil, além da sobrevivência sadia de toda uma nação frente às proporções exorbitantes da crise mundial da Covid-19.

De tal sorte que a pandemia da COVID-19 questiona a capacidade do Estado brasileiro em conseguir garantir as condições necessárias à sua população para literalmente sobreviver contra o vírus e as demais adversidades impostas pelas dificuldades econômicas e sociais diante da presença das desigualdades sociais. [...] O maior desafio para o Governo Federal em 2020 não será o vírus e nem a pandemia mundial com severas consequências econômicas, porque, o maior obstáculo será vencer a própria incompetência do Estado Democrático de Direito Brasileiro, mesmo sendo a nona economia mundial, por não conseguir investir adequadamente e oferecer as condições necessárias para todos os membros da federação.¹³⁵

Como ressalta a advogada, doutora em Direito Penal e membro Titular do Conselho de Política Criminal e Penitenciária do Estado de São Paulo, Ana Elisa Liberatore S. Bechara (2020), acerca do atual quadro brasileiro durante a pandemia : “vivencia-se um quadro de insegurança social crescente, que leva à demanda pela presença mais intensa do Direito Penal, independentemente de uma reflexão séria sobre seu sentido concreto, efeitos e limites.”¹³⁶ Observa-se, portanto, que durante o período pandêmico, o Estado busca regular, promover e efetivar a estabilidade social junto ao controle da seguridade pública - de que tanto se necessita diante de um contexto social, sanitário e econômico tão nefasto e inimaginável - por meio do Direito Penal. Entretanto, por mais que se saiba este carregue pressupostos, em tese, para tal, o que tem se observado é que se tornou símbolo de violações aos direitos humanos, garantias fundamentais a todo e qualquer cidadão.

Vale lembrar que por mais desumanizados que sejam aos olhos da sociedade, e - de maneira bastante equivocada - por alguns operadores do direito, os apenados também são sujeitos de direitos, os quais detêm um rol de garantias que é dever do Estado proteger e resguardar, vide novamente, o art. 5º de nossa Constituição que profere que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, ainda que o clamor popular acredite no contrário e defenda fielmente na máxima *lex talionis* ou lei de talião, segundo o entendimento de que a negação ou inefetividade de garantias fundamentais de sujeitos em situação de prisão sejam aceitáveis e até justas. É justamente, na grave crise pandêmica da Covid-19 que os centros de detenção prisional, com suas condições insalubres, além da falta de estrutura

135 CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini; GONÇALVES, Antonio Baptista. Covid-19 Desafia o Estado Democrático de Direito na Efetivação dos Direitos Fundamentais, publicado pela Revista dos Tribunais Online, vol. 1016/2020 | p. 307 - 326 | Jun / 2020.

136 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. 2020.

adequada ao cumprimento da pena, junto à superlotação, tornam-se sentenciadores de morte, em vista que “definitivamente não se está diante de um bom momento para os direitos e garantias fundamentais, atualmente tratados como objetos negociáveis.”¹³⁷

Diante do atual patamar civilizatório, a esfera penal deveria ser em último caso (*extrema ratio*)¹³⁸, tendo-se exaurido todas as possibilidades anteriores. Entretanto, o que se observa na atualidade, é que para além do problema da morosidade do Judiciário - decorrente da intensa busca deste, como forma única de resolução de todos os conflitos que se mostram no trato social, subjulgando assim, a extrajudicialidade - o que também se verifica, e incorre em maiores danos, é o imediatismo no que tange ao ideal de justiça, que só consumado com a sentença condenatória. O que Aury Lopes Jr. (2018) bem corrobora ao apontar que se vive hoje em uma sociedade “hiperacelerada”, o que torna cada vez mais difícil o equilíbrio entre a necessidade de que o processo penal propicie um resultado efetivo, sem demora excessiva, ao mesmo tempo em que não se pode admitir o atropelo de direitos e garantias fundamentais, sendo que uma “aceleração” desmedida implica necessariamente na violação destes.¹³⁹ Junto a isso, Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 850)¹⁴⁰ retrata que “o simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir a (falsa) noção de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça.”

Dessa maneira, para se corresponder às demandas da sociedade por respostas imediatas e concretas, mesmo que os operadores do Direito racionalizem acerca da superlotação dos presídios, da sua ineficiência na ressocialização, e no fato de que determinadas tipificações criminais não precisam - e não devem - ser condenadas ao

137 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. 2020.

138 “A partir do modelo de um Direito Penal mínimo, deve-se, assim, considerar o papel da intervenção penal como instrumento de controle social altamente custoso, a ser dirigido, como *extrema ratio*, à minimização da violência tanto dos delitos quanto das penas, bem como à tutela não apenas de bens jurídicos, mas também de direitos individuais fundamentais constitucionalmente estabelecidos.” Como salienta Ana Elisa Liberatore S. Bechara em Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. 2020. Em soma a isso, Ana Paula Favarin em publicação intitulada “A subversão da lógica da prisão como ‘*extrema ratio*’ no Brasil” para o Canal de Ciências Criminais (publicado em 1, nov, 2017) destaca que : “Sob vários aspectos, a prisão revelou-se uma experiência falha, que não foi e nem se demonstrou capaz de cumprir os objetivos a ela assinalados. Neste sentido, no que diz respeito à prevenção de novos delitos, o método não é eficaz no convencimento daqueles dispostos a praticar uma conduta ilícita. Ou seja, a conhecida seletividade de nosso sistema penal encarrega-se de levar à prisão os mesmos indivíduos de sempre: os negros, pobres e os de baixa escolaridade.”

139 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. 2020.

140 APUD BECHARA, 2020.

encarceramento, estes ignoram os aparatos legais previstos para que se evite tal fato, e condenam. Condenam indivíduos que transgrediram de maneira ínfima à lei, à terem contato com aqueles que usurparam a vida. Condenam estes indivíduos a decidirem entre a morte ou adentrarem ao mundo das facções criminosas, por meio da captação que ocorre dentro dos presídios.

Condenam à uma privação de liberdade, não só no período da sentença, mas para toda uma vida, já que após o cumprimento da pena, nenhuma oportunidade por vias legítimas e legais lhes será possível, obrigando-lhes a voltar ao mundo do crime. Condenam à condições insalubres à sustentação de toda e qualquer vida. E agora na pandemia, momento no qual vê-se alarmantemente a necessidade de se evitar aglomerações em espaços fechados, extremos cuidados contra proliferação de vírus e bactérias, além de atenção imediata ao primeiro sinal da Covid-19 à pessoas consideradas do grupo de risco, ao se condenar ao encarceramento, condena-se à morte (como era feito inescrupulosamente nos meses iniciais do período pandêmico no Brasil. Como bem apregoa Ana Elisa Bechara (2020) : “não há dúvida de que o ambiente prisional favorece o alastramento do vírus, mormente diante da persistência no descumprimento de preceitos fundamentais, no âmbito de um ‘estado de coisas inconstitucional’¹⁴¹, que acaba por tornar o preso no Brasil um ‘não-sujeito’.”

“O estado de incerteza e insegurança causado pelo atual cenário político, econômico e social permite dizer que as democracias estabelecidas no século XX se encontram de diferentes maneiras “em teste de stress” no século XXI, e a brasileira não é exceção.”¹⁴² O que muito coincide com o que tem se verificado desde o início da crise sanitária de Covid-19, até o momento atual, é que esta, abriu espaço para que Estados, ao redor do mundo, que já mostravam tendências autoritárias, a desnudarem suas vontades e imporem Estados autoritários e ditatoriais, sob a legitimação de que medidas anti-democráticas seriam mais rápidas e eficazes para com o controle da doença, dado o seu avanço desenfreado. Com isso, diversos direitos passaram a ser amplamente violados, como direito à liberdade de expressão, à livre circulação, ao contraditório, à ampla defesa, ao *habeas corpus* e muitos outros.

141 Conforme expressão/tese utilizada no âmbito do julgamento da ADPF 347, ajuizada em razão das inúmeras violações de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, perante o Supremo Tribunal Federal. A origem da expressão remonta, porém, à Corte Constitucional da Colômbia, que a empregou pela primeira vez em 1997, também em matéria penitenciária. Apud, BECHARA (2020).

142 BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. 2020.

Além disso, houveram diversas deflagrações de transgressões aos ideais democráticos, que há tanto tempo vinham sendo à duras penas conquistados, rapidamente foram usurpados. A exemplo disso, a concentração de poder e autoridade no Executivo, sob o argumento de que assim seriam mais eficazes as tomadas de decisão do governo para evitar o progresso da doença em dada sociedade. Assim como, o uso desproporcional da força por entes policiais na atribuição de suas obrigações relacionadas às medidas contingenciais, a exemplo da África do Sul. E muitas outras medidas autoritárias de atentado ao instituto da liberdade de expressão, e ao livre trânsito de informações, como ocorreu com a detenção de médicos e jornalistas, na China, por terem discordado de dados divulgados pelo governo. Seguindo essa linha, a Hungria com o fechamento do parlamento, e aumento exacerbado de detenções por “desacato” à autoridades.

E por fim, o caso brasileiro, não foge à tendência anti-democrática atenuada com o período pandêmico, com um Presidente da República que destrata seus governadores, minimiza a pandemia, como já explicitado, demonstra comportamento contrário às recomendações de seus ministérios, busca desestabilizar o equilíbrio entre os três poderes por meio de falácias rechaçatórias em pronunciamentos oficiais, apoia abertamente iniciativas de grupos do sociedade que negam a autonomia e importância do Supremo Tribunal Federal, junto a isso ataca jornalistas para fugir de questionamentos que não lhe interessa responder, ataca também veículos de imprensa que transmitem informações que desnudam suas inverdades e incongruências, além de deslegitimar com frequência - e sempre sem provas - dados, pesquisas e alarmes de instituições consolidadas e respeitadas - sempre que lhe convém - quando estas dizem algo contrário à sua vontade ou perspectiva, e que logo à frente se mostram o dito verdadeiro.

Nesse cenário, surgem manifestações para que o vice-presidente e general da reserva, Hamilton Mourão, que já admitiu a possibilidade de uma intervenção autoritária das forças armadas em hipótese de caos e anomia, assumo o governo. A este respeito, vale destacar, por sua expressividade, a fala de Janaína Paschoal, deputada mais votada na história do país, pedindo que Mourão conduza a nação por ser “treinado para a defesa”¹⁴³.

Esses e muitos outros desdobramentos que vem impactando no Estado Democrático de Direito, que só dificultam o controle da crise pandêmica, e de maneira recíproca, influenciam no Direito Penal brasileiro de maneiras nunca antes vistas.

143 Trecho retirado de matéria intitulada “Como memória, pandemia e pretorianismo se articulam sob Bolsonaro”, publicada em março de 2020 pelo Centro de Estudos sobre Justiça de Transição.

2 OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Conforme Linke (2020):

Ao falar de conflitos e em um cenário crítico [...], os poderes estatais são colocados sob os holofotes e, em especial, o poder judiciário foi impactado pela pandemia em todo o Brasil e permanecerá lidando com os conflitos que dela surgirem por muito tempo. O funcionamento da jurisdição nacional e a estrutura do sistema de justiça civil é, segundo exemplo de transformação impulsionado pelo cenário pandêmico e o judiciário precisará continuar se adaptando para a obtenção de êxito no desempenho de suas funções face aos litígios que aportam e permanecerão chegando ao poder judiciário devido ao desastre global¹⁴⁴.

Para se fazer entender a análise que será posta no desenrolar dessas páginas, é importante fazer um recorte à respeito do Devido Processo Legal no Estado Democrático de Direito. O devido processo legal, segundo examina a jurista Lúcia Figueiredo, aparece com acepção meramente formal, em 1215, na Magna Carta¹⁴⁵, escrita em latim, época em que o Estado era a lei. Efetivamente, este criava a lei, cumpria a lei mas a lei esta era a que o soberano ditava. “Dessarte, aparece nessa época o devido processo legal, exatamente para que o baronato tivesse a proteção da *law of the land*, a lei da terra, ou, como também conhecida mais tarde, *a rule of the law*.” (FIGUEIREDO, 1997).

No final do século XX, a ideia de devido processo legal obteve uma nova profundidade, criando um caráter mais amplo de garantia do devido processo constitucional. Quando compreende-se o direito como um produto da atividade humana, o entendimento sobre o seu processo de sua criação torna-se primordial. Assim, percebe-se que este apresenta matrizes políticas, ou seja, deve ser legitimado e adequado de acordo com aquilo estabelecido na constituição para a sua produção.

Dito isso, como consequência, de acordo com Passos (2002):

Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas consequências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado Juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, sim com obediência irrestrita a quanto disposto como devido processo constitucional. Precisamente esta ótica constitucional do processo

144 Ideia elucidada no artigo A pandemia do Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos, publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual.

145 A Magna Carta revela sua importância ao despontar como um dos primeiros instrumentos reguladores do poder e para a consolidação das ideias de dignidade, liberdade e igualdade. Já a Primeira Constituição do Brasil consolidou a independência e unidade como estado, e ancorou as bases da multifacetada identidade nacional.

foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas à sua produção e aplicação.

No que tange o cenário jurídico, a urgência do isolamento social, conforme Resolução n.º 313¹⁴⁶, de 19 de março de 2020, do CNJ¹⁴⁷, publicada em meio ao cenário pandêmico, fez com que todos os prazos processuais e a instituição de regime de plantão extraordinário fossem suspensos, com o objetivo de promover a segurança dos indivíduos que trabalham nestes órgãos e de garantir a apreciação das matérias de caráter urgentes¹⁴⁸. Em outras palavras, o sistema jurídico brasileiro de prestação de tutela, cuja demanda era refém de locais físicos e diligências presenciais, sentiu-se 'coagido' a utilizar ferramentas digitais e virtuais para que o atendimento mínimo à população com o andamento dos processos eletrônicos fosse mantido.

Nesse ínterim, a partir de maio, com a Resolução n.º 314 do CNJ¹⁴⁹, os prazos processuais das lides que tramitam eletronicamente foram retomados. No entanto, segundo Linke (2020), as diferenças entre as condições dos estados e cidades ao longo do território nacional, com localidades em situação de ou em iminência de lockdown¹⁵⁰ implicou também na publicação da Resolução n.º 318¹⁵¹, que releva tais a ausência de homogeneidade no território nacional de forma a adaptar o andamento dos processos judiciais a essas distinções.

Paralelamente a tudo que outrora foi exposto, cabe ainda, neste contexto, uma observação sobre aqueles privados de liberdade e que são covardemente negligenciados por grande parte do sistema jurídico brasileiro. Conforme dados extraídos do Banco Nacional de

146 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n.º 313. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

147 Sobre a legitimidade do Conselho Nacional de Justiça para a publicação de tal normativa: FEIJÓ, Maria Angélica. CNJ tem competência para suspender prazos processuais? In: Revista Consultor Jurídico. 2020. Acesso em: 12 Nov. 2020.

148 Ideia elucidada no artigo A pandemia do Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos, publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual.

149 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n.º 314. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020

150 Lockdown – ou bloqueio total – é tido, de acordo com o Boletim Epidemiológico 07 do Ministério da Saúde, como o nível mais elevado de segurança, podendo fazer-se necessário em um contexto de grave ameaça ao Sistema de Saúde. De modo geral, durante o período de execução dessa medida, imposta através de lei ou decisão judicial, todas as entradas de um perímetro específico (seja município, estado ou país) são bloqueadas por profissionais da segurança, e todos os cidadãos, com exceção daqueles que estão exercendo serviços essenciais, são proibidos de entrar ou sair do perímetro delimitado, interrompendo-se as atividades por um curto período de tempo. O estado do Maranhão foi o pioneiro a adotar o lockdown no Brasil como medida primeira para a redução da curva de casos do vírus.

151 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução n.º 318. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

Monitoramento de Prisões¹⁵², plataforma implementada pelo Conselho Nacional de Justiça, o país conta atualmente, com aproximadamente 874 mil presos provisórios¹⁵³, o que corresponde a aproximadamente 45% do total de presos. Tais números colocam o Brasil em terceiro lugar no ranking de maior população carcerária do globo (MIRZA, 2016) e, ao considerar que quase metade dessa população corresponde a presos provisórios, é possível vislumbrar a importância de se perquirir sobre a necessidade de adequação dessas prisões à luz do que se dispõe a Constituição Federal.

Ademais, para o pleno exercício da ampla defesa em processo penal se faz imprescindível ao defendente reunir-se com seu advogado para que este possa lhe transmitir todas as informações necessárias sobre o caso, de forma a se deduzir a melhor solução jurídica para o seu problema. Tantas quanto bastem, devem ser as reuniões. (RIBEIRO, 2011)

No entanto, no contexto de crise atual, a Recomendação 62¹⁵⁴, de 17 de março de 2020, do CNJ, não parece preocupada em alinhar-se com o aparato constitucional, uma vez que esta dispõe da recomendação aos magistrados e aos tribunais de optar pela suspensão excepcional e temporária das audiências de custódia, nos termos do artigo 8º (BECHARA, 2020).

É certo que a Recomendação n. 62, de 17 de março de 2020, editada pelo CNJ abarcou uma série de indicações para o sistema prisional, como exemplo:

[...] a orientação a juízes e desembargadores de procederem à reavaliação de todas as prisões provisórias de pessoas que se enquadrem no grupo de risco e de pessoas presas há mais de 90 dias (art. 1º), além de respeitarem a máxima excepcionalidade para a decretação de novas prisões. Referida Recomendação determina, ainda, a saída antecipada de pessoas do grupo de risco ou que estejam em estabelecimentos superlotados (art. 5º), bem como a decretação de novas prisões apenas em casos de crimes com violência ou grave ameaça (art. 8º). (BECHARA, 2020)

Todavia, quanto às medidas de racionalização do sistema prisional, não se confirma seu cumprimento na prática, principalmente “em razão do caráter não vinculante do texto normativo, assim como da edição, logo em seguida, da Portaria Interministerial n. 7, do Ministério da Justiça e do Ministério da Saúde, com orientações divergentes.”, como assegura

152 O Banco Nacional de Monitoramento de Prisões - BNMP, implementado pelo CNJ em 2011 e já integrado em todos os tribunais, é uma ferramenta que possibilita o registro e consulta de informações sobre mandados de prisão.

153 Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

154 Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Bechara (2020)¹⁵⁵. De forma impraticável, a supracitada Portaria estabelece ainda que, através de profissionais de saúde, as equipes de Administração Penitenciária possuem o dever de identificar os casos suspeitos de contaminação, embora apenas um terço dos estabelecimentos prisionais contam com profissionais de saúde.¹⁵⁶

Por fim, em meio a preocupação do Estado em proteger a saúde pública em um cenário pandêmico, destaca-se o descaso no que diz respeito à realidade carcerária¹⁵⁷, uma vez que mais de 800 mil indivíduos confinados em celas superlotadas, sem acesso básico à higiene, em unidades prisionais escassas de equipes de saúde. Dito isso, é de suma importância, portanto, ressaltar os reflexos trazidos pela pandemia do Covid-19 para a realidade penal brasileira.

3 OS REFLEXOS DA PANDEMIA DA COVID-19 À LUZ DA TUTELA PENAL

Frente a essa nefasta crise pandêmica bem mencionada ao longo do presente artigo, cabe assentar, de forma inequívoca, que o direito (*jus dicere*), no bojo, assume um patamar paradigmático, dentro da óptica referente ao seu papel civilizatório imprescindível, tanto por amparar a realidade das relações humanas no reconfigurar, balançar e decurso da moldura do tempo do direito, esta imersa a um estamento social, contemporâneo, multicultural e complexo, que está sempre a regular o dinamismo da vida social e as novas exigências de cada época, quanto por conferir primazia à ordem institucional de uma unidade de valor intrínseco e correlata à justiça humana. Como assevera Bobbio (2016, p. 124-284):

Na mudança histórica, o direito representa o que detém o movimento, canaliza-o e solidifica-o; na variação das ações humanas, representa a determinação de uma ordem. A tendência ao formalismo dos juristas emerge, portanto, da própria natureza e função do direito na sociedade. [...] Certamente, as normas jurídicas não são arbitrárias no que diz respeito ao seu conteúdo, mas derivadas de observações

155 Acerca da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública chegou a tecer críticas à possibilidade de desencarceramento como medida de contenção da pandemia, fazendo referências irônicas ao que chamou de “solturavírus”.

156 Conforme o relatório de gestão de supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, apenas 37% das unidades prisionais contam com módulos de saúde, em sua maioria fora dos termos da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional, instituída pela Portaria Interministerial n. 1, de 2 de janeiro de 2014. Não há condições de atendimento interno. Tampouco há condições para atendimentos externos, seja pela falta de leitos de UTI disponíveis nos hospitais do Sistema único de Saúde, seja pela ausência de escolta suficiente para o transporte dos custodiados doentes

157 A Lei Federal n. 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do novo coronavírus, não contemplou qualquer previsão específica para os estabelecimentos de confinamento de pessoas.

empíricas relativamente amplas e aprofundadas, conduzidas com espírito de modo científico. [...] Desse modo, o recurso à natureza das coisas resolvia-se em extrair uma regra não do exame de um fato, mas de análise de outras avaliações precedentes, mesmo se existentes em estado fluido.

Não constitui demasia lembrar, notadamente, que a razão de ser do processo penal, seja na construção doutrinária, seja pela jurisprudência, atua como garantidor na conjuntura das liberdades constitucionais, delineando, assim, um “círculo de proteção”¹⁵⁸ em torno da pessoa do réu, tornando o processo um instrumento de salvaguarda coibindo a “vontade punitiva estatal”¹⁵⁹, dispondo, no âmago da Lei Fundamental (art. 5º, Carta da República de 1988), um ensaio de direitos fundamentais ao processo, à ampla defesa e ao contraditório, de não se autoincriminar, ao sistema processual penal acusatório, de não ser processado por revestida prova ilícita, à paridade de armas, ao juiz imparcial e natural de direito, de ser presumidamente inocente até que sobrevenha sentença penal condenatória, irrecorrível e definitiva, transitada em julgado, e demais garantias que correspondem a uma esfera de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado.

Inobstante ao exposto, é patente que o sistema penitenciário brasileiro constitui-se como dilapidado modelo punitivo no que diz respeito ao encarceramento de massas, sem atender aos comando normativos que versam sobre os fins de ressocialização e reintegração ao tecido social brasileiro, revelando, na sua essência, uma deletéria crônica quanto à superlotação dos presídios entrelaçada às condições abjetas do cárcere, em dissonâncias aos mandamentos constitucionais da ordem jurídica positiva brasileira, marcada por potencias e factuais transgressões aos direitos fundamentais dos presos, reiterada no julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca sobre o Estado de Coisas Inconstitucionais¹⁶⁰.

Paralelo a isso, trata-se pertinente afirmar que a calamidade pública de saúde, em relação aos efeitos da pandemia, fora danosa não só no plano sensível à saúde mental, econômica e psicológica, de um modo geral, no Brasil e no mundo, como também afigurou-se

158 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

159 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

160 Registre-se, para fins acadêmicos, que o julgado ADPF 34, o sistema penitenciário constitui-se como local reprodutor de progressivas e sistemáticas violações a direitos fundamentais, a partir da declaração do Estado de Coisas Inconstitucional no STF, “levou em consideração o cenário de superlotação, falta de estrutura adequada, proliferação de doenças infecto-contagiosas, violências físicas e psíquicas, rebeliões, mortes e ausência de serviços de saúde nos presídios brasileiros, cenário que tende a se agravar durante a pandemia.” proferido nos autos da ADPF 347 e, na ocasião, durante a pandemia, HC 189537 MC / RJ p. 20-21.

uma progressiva deterioração e agravamento do sistema carcerário brasileiro, com potenciais inarredáveis e irremediáveis da disseminação do vírus diante dos estabelecimentos penais sórdidos e de centros de internação de menores desestruturados e insalubres, cuja guarda de aproximadamente 812 mil pessoas privadas de liberdade¹⁶¹ no país pertence ao estamento burocrático, debilitando, até mesmo, de forma irreparável, a vida, a saúde e a integridade dos agentes penitenciários.

Diante desse ignóbil quadro, consta, com absoluto relevo, que o Conselho Nacional de Justiça (instituição voltada à coordenação das atividades do Poder Judiciário) atuou editando a resolução nº 62 de 2020¹⁶² combinada a nº 313/2020, recomendando aos juízes das varas de execução de criminal, das varas criminais, e das varas da infância e juventude, a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção do novo coronavírus¹⁶³, no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo, redesignando as audiências em processos em que o réu esteja solto e a sua realização por videoconferência nas hipóteses em que a pessoa esteja privada de liberdade; reavaliar-se as medidas socioeducativas de internação e semiliberdade, para fins de eventual substituição por medida em meio aberto, suspensão ou remissão, aos adolescentes gestantes, lactantes, mães ou responsáveis por criança de até 12 anos de idade ou por pessoa com deficiência, assim como indígenas, adolescentes com deficiência e demais adolescentes que se enquadrem em grupo de risco;

Da mesma maneira que concedeu-se a saída antecipada a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução; admitindo-se a transferência de detentos a outros regimes – como o domiciliar -, sobretudo no caso de idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a

161 Relatório do Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça - com o CNJ. BARBIÉRI. Luiz Felipe. CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação. G1. Brasília, 17 de set. de 2019.

162 Frisa-se que o CNJ reforçou as normas que já constam da legislação federal e da Constituição Federal, relativas aos direitos e garantias fundamentais à liberdade, ao devido processo legal, à proteção à maternidade, à presunção de inocência e à saúde, previstos no art. 5º, caput e incisos L, LIV e LVII, art. 6º e art. 196, todos da CF/88, e art. 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

163 Aplicação da recomendação Nº 62 de 17/03/2020, salvos nos casos que se tratarem de pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminoso), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), como também por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher, conforme a redação do art. 5-A.

um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio; reavaliando-se os requisitos das prisões provisória - mormente a situação dos presos provisórios encarcerados há mais de 90 dias; além de separar as pessoa que apresentem sintomas envolvendo tosse seca, dor de garganta, mialgia, cefaleia e prostração, dificuldade para respirar, batimento das asas nasais ou febre, ou que teve contato próximo de caso suspeito ou confirmado de infecção pelo vírus, como também o encaminhamento imediato para implementação de protocolo de tratamento de saúde previsto pelo Ministério da Saúde para os casos suspeitos de Covid-19.

Não obstante em que pesem indisfarçável pragmatismo de ordem jurídica, em razões fundadas em conveniências políticas ou por inefetividade da jurisdição de tutela penal decorrente do sistema persecutório punitivo que culmine por gerar no meio social a sensação de impunidade¹⁶⁴, relacionado ao disseminado clamor punitivo social arraigado na opinião pública; é mister assinalar, de forma latente pela teoria contramajoritária¹⁶⁵, que é atribuída ao Poder Judiciário a nobre, e muitas da vezes árdua, função de guardião dos inestimáveis direitos fundamentais, mantendo a proteção do núcleo dessas garantias que não pode ser abolida, aniquilada ou restringida¹⁶⁶, nem sequer ser suprimida em contextos de emergências ou calamidades.

Em consonância a esse prisma arbitrário, tampouco pode o Poder Judiciário se converter, ou refletir, em última ratio, em vitrine coadunando com as manifestações populares e com sentimentos de torcidas com clima de festejos e ilusões, em ambiciosa, mas igualmente autodestrutiva, pretensão de fragilizar e reduzir o escopo de proteção dos direitos fundamentais, sob pena de absoluta degradação do plano das liberdades públicas aliado à

164 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43,44 e 54/DF. Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello. Julgado em 07/11/2019. (p. 36)

165 A teoria contramajoritária nasce “[...] As constituições, com o objetivo de conter o os excessos da maioria, estabeleceram arranjos institucionais [...]. Sem esses mecanismos de controle, garantidos em constituições providas de supremacia, o Estado de Direito seria colocado em risco” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, p. 24, 2019.

166 Institui-se núcleo irreformável na constituição, isto é, insuscetível de supressão do ensaio de direitos fundamentais, esculpido na Lei Maior, art. 60, parágrafo quarto. “Em síntese, a ideia é a de que existem direitos princípios tão essências que devem ser postos fora do alcance das maiorias. Por isso, eles são ‘entrincheirados’ pela Constituição, que os protege até mesmo do legislador democraticamente eleito.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, p. 25, 2019.

desintegração plena do Estado democrático de Direito em uma promessa frustrada pela prática autoritária do poder¹⁶⁷.

Oponente ao que foi advertido por Konrad Hesse, “nada compensa a ruptura da ordem constitucional, porque nada recompõem os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental”¹⁶⁸; é essencial delinear, ainda que neste panorama pandêmico - especialmente penoso aos que foram submetidos ao execrável ambiente carcerário, tendo em conta a redução da imunidade do detento, em virtude da condição de encarceramento aglutinada ao iniludivelmente esfacelamento dos presídios - que não amedrontam nem sensibilizam as autoridades judiciárias competentes, por decadentes e sórdidas que sejam as celas, que mais se confundem por masmorras medievais no contexto brasileiro.

A prova disso, foi um juiz de Direito da cidade de Frutal/MG que, indeferindo os pedidos de substituição da prisão preventiva para domiciliar, alegou "oportunismo exacerbado"¹⁶⁹, por uma suposta inexistência de evidências de propagação do vírus dentro das unidades prisionais da cidade em questão, "ou sequer casos confirmados dos limites da comarca", continuando, "permitir que detentos sejam colocados em liberdade para, mais adiante, retornarem ao cárcere e criar o risco de ingresso do vírus nas respectivas unidades caracteriza verdadeiro contrassenso e irresponsabilidade, repercutindo desnecessária exposição dos próprios detentos, agentes prisionais e demais servidores, bem como da população em geral."¹⁷⁰

Ou, ainda, nas declarações ambíguas dos desembargadores da 7ª câmara de Direito Criminal do TJ/SP, que negando liminarmente o pedido de domiciliar a um réu com HIV, afirmaram "à exceção dos astronautas, todos estão sujeitos ao coronavírus"¹⁷¹, "salvo melhor juízo, cai por terra toda a argumentação de cunho humanitarista voltada a justificar a necessidade de soltura das pessoas encarceradas em razão da prática de crimes em face do risco a que estariam expostos no cárcere, uma vez que a soltura delas, simplesmente, não

167 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade 43,44 e 54/DF. Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello. Julgado em 07/11/2019.(p. 13)

168 A força normativa da Constituição. p. 22, 1991, traduzido pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes, Fabris Editor.

169 Artigo do Migalhas, publicado em 27 de mar, de 2020, intitulado "Oportunismo exacerbado", diz juiz ao negar prisão domiciliar a presos de MG por coronavírus.

170 Artigo do Migalhas, publicado em 27 de mar, de 2020, intitulado "Oportunismo exacerbado", diz juiz ao negar prisão domiciliar a presos de MG por coronavírus.

171 Artigo do Migalhas, publicado em 3 de jun, de 2020, intitulado "Negada domiciliar a réu com HIV com base em decisão de que só astronautas estão livres do coronavírus."

significaria a redução desse risco, ao mesmo tempo que traria evidentes prejuízos à segurança pública", por fim, o magistrado também asseverou que a concessão da domiciliar impactaria negativamente na credibilidade do sistema de segurança pública do país, "como resultado da inevitável queda da eficácia de sua função de controle da observância das leis penais¹⁷².

Nesse ínterim, depreende-se, na paisagem institucional, que há uma forte resistência por parte do Poder Judiciário em obedecer à resolução do CNJ, à prova disso está noticiado no jornal O Globo, com o crescimento em 50% nos números de casos de Covid-19 nas unidades prisionais, mais especificamente, 56,5% dos testes feitos pela população carcerária foram positivos e número de mortes saltou 26,1% em agosto. Não se olvida, a partir desses pontos, que manutenção da população carcerária submetida, no que se refere ao sistema penitenciário sórdido, ao risco de uma grave pandemia em condições débeis e subumanas de detenção, pelo exposto, configura-se potencial violação à vedação constitucional da imposição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, Carta Política de 1988).

Urge, nesse horizonte destemido, acentuar que, neste momento triste de agravamento da crise, entende-se cabível aplicar, posto a obrigação do Estado brasileiro de assegurar o atendimento preventivo, e curativo em saúde, para pessoas privadas de liberdade, assegurando seus direitos de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde, assistência à família, tratamento de saúde gratuito, bem como, o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às suas liberdades fundamentais - nos termos do estatuto fundamental constitucional das liberdades públicas de 1988 - compreendendo as peculiaridades presentes em cada caso concreto, balanceando entre os óbices legais de manter um indivíduo preso, dado, por exemplo, sua periculosidade, e a garantia de conversão da pena de privação de liberdade para a restrição de direitos, e aplicando as medidas cautelares diversas da tutela penal, como o monitoramento eletrônico e proibição de contatos com investigados, resguardando a instrução criminal alinhado à garantia da ordem pública.

Certamente, com adoção destas providências, evitar-se-á o risco concreto e iminente de mortes, conflitos, rebeliões, motins nos presídios brasileiros, preservar-se-á a integridade das pessoas custodiadas e dos agentes públicos que atuam nessas instituições e, a partir disso, edificaria-se um caminho à luz dos desígnios, princípios e signos que repousam na integridade da ordem positivo-jurídica da Constituição da República.

172 Artigo do Migalhas, publicado em 3 de jun, de 2020, intitulado "Negada domiciliar a réu com HIV com base em decisão de que só astronautas estão livres do coronavírus."

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, explanou-se, por certo, acerca desta fecunda temática, sobre o devido processo legal, decisões judiciais e a tutela processual adotados na execução penal, durante a vigência da pandemia do novo coronavírus. Pelo exposto, em rigor, ponderando as garantias fundamentais do réu e a incolumidade da ordem pública, garantindo a estabilidade da segurança jurídica, a instrução processual penal e a proteção dos direitos fundamentais do ordenamento jurídico positivo brasileiro em vigor. Por fim, cumpre frisar que o presente artigo, com um olhar inovador e corajoso, ampliou o debate acadêmico, alcançando os objetivos propostos, confirmando as hipótese iniciais em plena congruência às recomendações dadas a todos os órgãos judicantes do Poder judiciário brasileiro conforme a resolução nº 20 do CNJ, reafirmando a importância de se ter uma jurisprudência garantista e humanista ainda que em tempos excepcionais, à medida que se confere primazia aos direitos fundamentais no Estado democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** G1, Brasília, 17 de set. de 2019. 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: 13 de nov. de 2020.

BECHARA, Ana Elisa Liberatores S. **Direito Penal em tempos de pandemia: Como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema.** 2020, 16p.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011.** Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 14 de nov de 2020

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Portaria Interministerial Nº 7, de 18 de Março de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. Brasília, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43,44 e 54/DF**. Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello. Julgado em 07/11/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br>. Acesso: nove/2020.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e Positivismo jurídico**. 1º. Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2016. p. 124-284.

CARNEIRO, Eliana Faleiros Vendramini; GONÇALVES, Antonio Baptista. **Covid-19 Desafia o Estado Democrático de Direito na Efetivação dos Direitos Fundamentais**. Revista dos Tribunais Online, vol. 1016/2020 | p. 307 - 326 | Jun / 2020. DTR\2020\7005.

COIFMAN, Anne. **Curva de contágio do Covid-19: Por que o achatamento é importante?**. In.: Hygia Blog. 31, mar, 2020. Disponível em : <https://blog.hygia.com.br/curva-de-contagio/>. Acesso em 14, nov, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 313**. Estabelece, no âmbito do Poder Judiciário, regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus – Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 314**. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pela Resolução nº 313, de 19 de março de 2020, modifica as regras de suspensão de prazos processuais e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 318**. Prorroga, no âmbito do Poder Judiciário, em parte, o regime instituído pelas Resoluções nº 313, de 19 de março de 2020, e nº 314, de 20 de abril de 2020, e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 62**. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 17 de mar. 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246>. Acesso em: 13 de nov. de 2020.

FAVARIN, Ana Paula. **“A subversão da lógica da prisão como ‘extrema ratio’ no Brasil”**. In: Canal de Ciências Criminais, publicado em 1, nov, 2017. Disponível em : <https://canalcienciascriminais.com.br/prisao-extrema-ratio-no-brasil/>. Acesso em : 14, nov, 2020.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e devido processo legal**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, p. 7-18, jul. 1997. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47039>. Acesso em: 11 nov. 2020.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **(In)segurança jurídica em Época de Covid-19**. In.: Conjur. 30, abril, 2020. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/leonardo-vizeu-inseguranca-juridica-epidemia>. Acesso em 11, nov, 2020.

GARCIA, Kevin Allysson. **Decreto e manutenção de prisões processuais no contexto da pandemia da Covid-19**. Conteúdo jurídico. 2 de set. de 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/55168/decreto-e-manuteno-de-prises-processuais-no-contexto-da-pandemia-da-covid-19>. Acesso em 13 de nov. de 2020.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

IBGE aponta que 71,5% da população brasileira depende do SUS. **UOL - Saúde**. Publicado em 04 de set. de 2020. Disponível em: [http://atarde.uol.com.br/saude/noticias/2137933-ibge-aponta-que-715-da-populacao-brasileiradependedous#:~:text=O%20Instituto%20Brasileiro%20de%20Geografia,Saúde%20\(SUS\)%20para%20tratamento](http://atarde.uol.com.br/saude/noticias/2137933-ibge-aponta-que-715-da-populacao-brasileiradependedous#:~:text=O%20Instituto%20Brasileiro%20de%20Geografia,Saúde%20(SUS)%20para%20tratamento). Acesso em:14 de nov. de 2020.

Judiciário se mobiliza para prevenir Covid-19 em presídios. **CONJUR**. 26 de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/judiciario-mobiliza-prevenir-covid-19-presidios>. Acesso em: 13 de nov. de 2020.

LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Félix. **A pandemia da covid-19 no brasil e os processos estruturais: Uma abordagem para litígios complexos**. Revista Eletrônica de Direito Processual - Redp, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 377-426, out. 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/54209>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MATRIZ, Renata. **Número de presos com Covid-19 cresce mais de 50% em um mês**. O Globo, Rio de Janeiro, 2 de nov. de 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/numero-de-presos-com-covid-19-cresce-mais-de-50-em-um-mes-24620324>. Acesso em: 13 de nov. de 2020.

MARQUES, Ana Luiza; LOPES Mariana Tormin Tanos. **“Como memória, pandemia e pretorianismo se articulam sob Bolsonaro”**. In: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, publicado em março de 2020. Disponível em: <https://cjt.ufmg.br/2020/06/10/riscos-de-retrocesso-democratico-no-governo-bolsonaro-ataques-a-memoria-e-verdade-pretorianismo-e-pandemia/>. Acesso em 14, nov, 2020.

MELLO, Igor. **Coronavírus: Gilmar Mendes mantém recomendação do CNJ por soltura de presos**. UOL, Rio de Janeiro, 28 de março de2020. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/03/28/coronavirus-gilmar-mendes-mantem-recomendacao-do-cnj-por-soltura-de-presos.htm>. Acesso em: 13 de nov. de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID19) no Brasil.** Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MIRZA, Flávio. **Novos Paradigmas da Prisão Preventiva: Um Claro Retrocesso.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 122, p. 115-134, set/out, 2016.

MIGALHAS. Rio de Janeiro, 3 de jun. de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/328259/negada-domiciliar-a-reu-com-hiv-com-base-em-decisao-de-que-so-astronautas-estao-livres-do-coronavirus>. Acesso em: 13 de nov. de 2020. “Oportunismo exacerbado”, diz juiz ao negar prisão domiciliar a presos de MG por coronavírus.

MIGALHAS. Rio de Janeiro, 27 de mar. de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/322861/oportunismo-exacerbado---diz-juiz-ao-negar-prisao-domiciliar-a-presos-de-mg-por-coronavirus>. Acesso em: 13 de nov. de 2020. Pandemia propiciou casos de violação de direitos humanos. **JORNAL DA USP.** Publicado em 27, out, 2020. Disponível em : <https://jornal.usp.br/ciencias/pandemia-propiciou-casos-de-violacao-de-direitos-humanos/>. Acesso em 13, nov, 2020.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: . Acesso em: 15 nov. 2020.

RIBEIRO, Rodrigo. **Direito do preso e prerrogativas da advocacia.** In: Revista Consultor Jurídico, 27 de junho de 2011. Disponível em: . Acesso em: 13 nov. 2020

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais em Tempos de Pandemia - I.** In.: Conjur. 23, mar, 2020. Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2020-mar-23/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-tempos-pandemia#sdfootnote1sym>. Acesso em 13, nov, 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** Belo Horizonte: Fórum, p. 25, 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11ª edição. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

TRINDADE, Matheus. **A pandemia do coronavírus e (finalmente) a prisão como última ratio.** Canal de ciências criminais. Brasília, 22 de abr. de 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-pandemia-do-coronavirus-e-finalmente-a-prisao-como-ultima-ratio/>. Acesso em: 13 de nov. de 2020.

Capítulo 14

DESAFIOS DA PRIVACIDADE E INTEGRIDADE PSICOFISIOLÓGICA DO PROFESSOR: pandemia do novo coronavírus e a (in)efetividade dos direitos fundamentais dessa classe trabalhadora

Adriely Gusmão de Carvalho¹⁷³
 Maria Helena Alves Ramos¹⁷⁴
 Jaqueline Alves da Silva Demetrio¹⁷⁵

RESUMO: Tendo em vista as grandes mudanças trazidas pela pandemia de COVID-19 para todos os setores da sociedade, este trabalho volta-se à uma análise a partir da perspectiva dos professores e a efetivação dos direitos fundamentais destes trabalhadores neste cenário. Isso porque, a partir do emprego de outros meios para dar continuidade às atividades educacionais (como a mudança para o regime de aulas remotas) os profissionais docentes se viram diante de novos desafios, como a exposição de sua imagem durante as aulas *online* e o aumento do tempo despendido em se adaptar às novas ferramentas de trabalho e consequentes impactos a saúde mental e física destes trabalhadores. Deste modo, o presente estudo tem por objetivo investigar os impactos que as mudanças implementadas têm sobre a efetivação dos direitos fundamentais à imagem (X, art. 5º, CRFB/88) e à saúde (arts. 6º e 196, CRFB/88) e, derradeiramente, na garantia da dignidade humana destes trabalhadores bem como as respostas que o ordenamento jurídico brasileiro oferece para superar esses entraves. Para isso, parte-se da caracterização básica dos direitos e deveres destes profissionais e da análise de algumas mudanças implementadas para a adaptação da atividade educacional no cenário de pandemia, empregando uma pesquisa qualitativa, com bases normativas e bibliográficas.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direitos Fundamentais. Professores. Direito à imagem. Pandemia.

ABSTRACT: Aware of the great changes brought by the COVID-19 pandemic, this paper analyses these changes from the perspective of professors and the fundamental rights entitled to them. In view of the different means employed in order to overcome the social distancing and teach, this study intends to point out some of the challenges now faced by these professionals, such as the consequences to their privacy in face of the high exposure levels due to online classes' dynamic as well as the increase of time spent on dealing with work related issues – such as the adaptation with new work tools – and the direct impacts it has on the health quality of these individuals. Therefore, the main goal of this study is to investigate the COVID-19 pandemic impacts on the effectiveness of the fundamental right to image and the right to health as well as the (in)existing norms to mitigate these new issues. To achieve that, this article defines the basic rights and duties of the category as well as points out the changes in classes' dynamics (from in-person to remote classes) and has its bases on normative and bibliographic sources.

Keywords: Labor Law. Human Rights. Teachers. Image Rights. Pandemia.

173 Discente do Curso de Direito da UEMA. Currículo Acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/3478481279040047>. E-mail: adrielygus@gmail.com

174 Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Currículo Acadêmico: <http://lattes.cnpq.br/7668733724343753>. E-mail: mhalves.ramos@hotmail.com

175 Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

1 INTRODUÇÃO

A partir da perspectiva de que a pandemia do COVID-19 trouxe à tona vários desafios, o presente artigo se volta a analisar os impactos causados na efetivação de direitos fundamentais da classe dos trabalhadores docentes e as respostas que o ordenamento jurídico brasileiro ofereceu para esses casos.

Nesse sentido, destaca-se que para harmonizar as normas sanitárias ao exercício do magistério, que antes era presencial, tem sido empregada a tecnologia e as modalidades de ensino remoto.

E justamente nessa transição é que se busca demonstrar que residem desafios a alguns direitos dos docentes, especialmente os ligados à saúde como os presentes nos artigos. 6º e 196, da CRFB/88 e à imagem presente no inciso X, do art. 5º, CRFB/88, na medida em que surgem duas problemáticas novas, a fragilização oriunda dos direitos à privacidade e a consequente garantia à integridade mental e física.

As problemáticas novas, quais sejam, a fragilização que a privacidade dos profissionais da educação sofreram, especialmente no que se refere às suas imagens, já que passam a se expor por plataformas digitais; bem como a dificuldade surgida de se garantir a integridade mental e física dos professores, que sofrem não só com os efeitos do distanciamento social, como também com as mudanças da dinâmica e ferramentas de trabalho, fato que tem implicações diretas com o tempo despendido em questões relacionadas ao trabalho e, derradeiramente, com o direito à desconexão.

Uma maior preocupação com essas questões decorrentes do regime de aulas remotas é de extrema importância, não só por estar afeta a direitos fundamentais e à própria dignidade humana, mas também na medida em que o "[...] mundo, depois de superada a crise decorrente da pandemia do Coronavírus, não será mais o mesmo sob o ponto de vista da necessidade da prática de atos presenciais" (MARTINEZ; POSSÍDIO, p. 57, 2020) e, dentro do âmbito da educação, essa segue sendo a tendência.

Para isso, este artigo tem como pressuposto embasamento teórico a obra contemporânea "O trabalho nos tempos do coronavírus" (2020), de Luciano Martinez e Cyntia Possídio, bem como alguns marcos normativos, como: as normas implementadas pela Reforma Trabalhista (2017), a Nota Técnica nº11 do Ministério Público do Trabalho (2020) entre outros. Ademais, buscou-se analisar essa situação a partir da perspectiva local, da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e sua Resolução nº1446/2021 - CEPE/UEMA (2021). Com isso, emprega-se uma pesquisa qualitativa, fundada em análises bibliográficas e das normas a respeito do tema.

Nosso objetivo maior é o de trazer à tona as mudanças implementadas para superar as distâncias impostas pela pandemia do COVID-19, bem como destacar o surgimento de entraves para o exercício pleno de direitos fundamentais, a necessidade de se implementar uma tutela nacional uniformizada aos direitos humanos dessa classe trabalhadora, delineando este artigo em três perspectivas.

Desse modo, têm-se uma contextualização dos trabalhadores docentes e o impacto que a pandemia infringiu na educação brasileira; as consequências para a privacidade e imagem destes profissionais; uma análise desses efeitos na saúde mental e física destes trabalhadores, com o fito de investigar a necessidade de implementação de normas com mais poder vinculante para que se promova uma tutela eficaz aos direitos fundamentais desses profissionais.

2 QUEM SÃO OS PROFESSORES E O QUE MUDOU EM SUA ROTINA NA PANDEMIA

Os professores são profissionais fundamentais para a concretização do direito fundamental à educação na conformidade dos arts. 6º e 205, CRFB/88 e, por conta dessa relevância, têm espaço próprio na Consolidação das Leis Trabalhistas, CLT/43 nos arts. 317 a 323, na Seção XII, Capítulo I de seu Título II.

A partir disso, depreende-se que os docentes são profissionais habilitados pelo Ministério da Educação, art. 317, CLT, sendo trabalhadores que ostentam “liberdade de cátedra”, art. 206, II, CRFB/88 e que recebem salários, na maioria dos contratos, contados na unidade “hora-aula”, art. 320, CLT), essa unidade engloba tanto o tempo empregado nas aulas de fato, quanto o despendido em outras atividades próprias do sistema de ensino-aprendizagem, tais como a elaboração e correção de avaliações.

No que diz respeito à jornada de trabalho destes empregados, a nova redação do art. 318 da CLT prevê que o professor pode lecionar em uma mesma instituição de ensino por mais de um turno no dia, contanto que a jornada de trabalho não ultrapasse os limites estabelecidos pelo artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal de 1988, de oito horas diárias. Além disso, é defeso a esses trabalhadores a regência de aulas ou trabalho em exames aos domingos, art. 319, CLT.

Ademais, por se tratar de trabalho contínuo, aos professores são devidos intervalos para repouso ou alimentação de no mínimo uma hora, não excedendo duas horas, desde que a jornada de trabalho seja mais longa que seis horas diárias, art. 71, CLT.

Finalmente, os artigos 321 e 322 da CLT tratam das horas trabalhadas além do limite de oito diárias, assim como o pagamento dos honorários dos docentes em período de férias. Nesse sentido preceituam:

Art. 321 - Sempre que o estabelecimento de ensino tiver necessidade de aumentar o número de aulas marcado nos horários, remunerará o professor, findo cada mês, com uma importância correspondente ao número de aulas excedentes.

Art. 322 - No período de exames e no de férias escolares, é assegurado aos professores o pagamento, na mesma periodicidade contratual, da remuneração por eles percebida, na conformidade dos horários, durante o período de aulas. (Redação dada pela Lei nº 9.013, de 30.3.1995)

§ 1º - Não se exigirá dos professores, no período de exames, a prestação de mais de 8 (oito) horas de trabalho diário, salvo mediante o pagamento complementar de cada hora excedente pelo preço correspondente ao de uma aula.

§ 2º No período de férias, não se poderá exigir dos professores outro serviço senão o relacionado com a realização de exames.

§ 3º - Na hipótese de dispensa sem justa causa, ao término do ano letivo ou no curso das férias escolares, é assegurado ao professor o pagamento a que se refere o caput deste artigo. (BRASIL, 1943).

A rotina desses profissionais, antes da pandemia, tradicionalmente girava em torno da instituição de ensino, aproveitando-se das estruturas indispensáveis para lecionar oferecidas pelo empregador e travando relações sociais com outros docentes, por exemplo, durante os intervalos e com os próprios alunos em sala de aula.

Já no ano de 2020, instaurou-se o cenário de Pandemia, especialmente após o Decreto Legislativo nº 6 de 2020, e, com isso houve o fechamento de vários estabelecimentos, inclusive as instituições de ensino.

E, nesse contexto, “tão logo as escolas foram fechadas, estabeleceu-se um debate sobre o conceito de Educação a distância, que não se resume à Educação remota, e muitas instituições chegaram a se posicionar contra essa oferta” (TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2020).

Não obstante essas inseguranças, o fato é que empregadores e trabalhadores, especialmente os de caráter criativo, tais como os professores, passaram a empregar a *modalidade de teletrabalho* para dar continuidade às suas atividades, e no caso do ensino, é de extrema importância (MARTINEZ; POSSÍDIO, p. 52, 2020).

A transição para o teletrabalho permite que o profissional leccione da segurança de sua casa e é, em regra, dependente do mútuo consentimento entre empregado e empregador (§1º, art. 75-C, CLT).

Contudo, em face da pandemia, foi editada a Medida Provisória nº 927/2020, que durante sua vigência relativizou essa norma, permitindo assim que o empregador optasse por qual modalidade, se presencial ou teletrabalho, seria aplicada, sem consultar o empregado. Além disso, essa transição no âmbito da educação dependeu de análises para a opção por moldes de ensino que atendessem às necessidades da nova realidade.

Nesse sentido, o meio adotado por grande parte das instituições de ensino que forneciam aulas presenciais, tais como a Universidade Estadual do Maranhão, UEMA, foi a modalidade de ensino remoto. Diferentemente da modalidade chamada de Ensino à Distância,

EAD, que tem moldes mais ligados a atividades estritamente assíncronas, como gravações de aulas, as quais o aluno tem liberdade e flexibilidade para assistir em qualquer horário, o ensino remoto tenta simular as interações em sala de aula.

Assim, essa modalidade faz uso das tecnologias para promover atuação síncrona de docentes e discentes no momento das aulas, que, além de geralmente serem transmitidas ao vivo, seguem os mesmos horários da realidade presencial

Desta forma, as aulas presenciais foram alteradas para uma realidade remota que, para muitos, foi, e ainda é, completamente nova e desafiadora.

Nesse aspecto, destaca-se o abismo social brasileiro e o conseqüente empecilho ao acesso de todos às tecnologias da informação, meios indispensáveis para as aulas remotas, afetou não só alunos, como também docentes, assim como demonstram os dados fornecidos em Todos pela Educação:

Os dados mais recentes sobre o acesso a equipamentos de Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) mostram que 99% dos domicílios da classe A tem acesso à internet, item disponível para apenas 40% dos domicílios das classes D e E. Por isso, a Nota Técnica lembrava a importância de se considerar outras ferramentas, como o próprio uso da TV, presente em mais de 70 milhões de domicílios e em 92% dos lares das classes D e E (TODOS PELA EDUCAÇÃO, p. 18, 2020).

O que se mostra como um dos primeiros desafios trazidos pela pandemia para estes profissionais. Desafio este que, apesar de não figurar como ponto central desta análise, é válido de ser mencionado na medida em que demonstra a profundidade dos reflexos da pandemia.

Assim, destaca-se que para esse problema há amparo na legislação celetista no art. 75-D da CLT com a redação dada pela Lei 13.467, de 2017, e, até mesmo na já mencionada Medida Provisória 927/2020, que determina que as regras para a aquisição de materiais necessários ao trabalho, e a responsabilidade para isso, decorrem do que for acordado no contrato de trabalho. E mais: “esses gastos não integram a remuneração do empregado para nenhum fim, pois, evidentemente, constituem instrumental de serviço” (MARTINEZ; POSSÍDIO, p. 60, 2020).

Nessa esteira, a própria Universidade Estadual do Maranhão, UEMA, se sensibilizou sobre essa questão, afirmando nas disposições preliminares seu compromisso pela inclusão social, como preceitua o art. 3º, Resolução nº 1446/21 – CEPE/UEMA.

Assim, a UEMA disponibiliza, para discentes e docentes, uma conta institucional gratuita, com acesso a todas as ferramentas da plataforma *Microsoft* (art. 10, Resolução nº 1446/21 – CEPE/UEMA), o que já reduz um pouco as barreiras até a democratização do acesso à tecnologia.

É relevante também que se perceba o aumento do número de tarefas dos professores por conta da mudança para o sistema de aulas remotas. Nesse sentido, destaca-se a que a Resolução nº 1446/2021 – CEPE/UEMA traz como alguns encargos desses profissionais, além de ministrar aulas, atividade síncrona: elaborar e aplicar atividades assíncronas, devendo variar nas formas de avaliação, §2º, art. 26, registrar frequência e notas, art. 24, planejamento do ensino da disciplina, parágrafos 3º e 6º do art. 19, inclusive considerando o planejamento para alunos com necessidades especiais, art. 20; elaboração de materiais, que são agora indispensáveis, como slides, por exemplo, que muitas vezes demandam muito tempo do professor.

Além, claro, do próprio tempo despendido na capacitação tecnológica destes profissionais, o que foi amparado nas previsões da UEMA nos arts. 13 e 16 da Res. nº 1446/21, que é indispensável para essa adaptação ao ensino remoto. Assim o é na medida em que se tornou necessário não só um domínio básico de tecnologias, sistemas operacionais, como também das próprias ferramentas de aula, como aplicativos tais como o *Microsoft Teams*, que é um dos que foram adotados pela UEMA e de produção de materiais didáticos.

Esse tempo, segundo o art. 7º da Nota Técnica nº 11 do Ministério Público do Trabalho, deve ser considerado como tempo de serviço, para fins de adequação de carga horária dos professores, a qual, como depreende-se, teve um considerável aumento com os novos encargos.

Essa mudança de espaços, do ambiente da instituição de ensino para dentro do domicílio, bem como esse maior tempo despendido em adaptações à nova realidade significam ônus suportados pelo professor os quais, se não balanceados no ordenamento jurídico, implicam na degradação do bem-estar, saúde, física e mental, deste trabalhador.

E, para encerrar essa análise acerca do contexto de aulas remotas na pandemia, destaca-se a redução da privacidade dos professores. Isso ocorre sob duas perspectivas: a primeira, porque trata-se da disposição de um direito personalíssimo e fundamental que é novidade trazida pela realidade de aulas remotas e, em segunda análise, agrava-se quando da gravação das aulas lecionadas, pois para isso deve haver consentimento do docente.

Deste modo, o direito fundamental à imagem e a dignidade humana desses profissionais entra em jogo, devendo ser contemplado no contrato de trabalho, justamente por sua exposição à eventuais atitudes que fogem à uma “etiqueta digital” adequada, como se discutirá na sequência.

3 CONTRATO DE TRABALHO DO PROFESSOR FRENTE AO DIREITO À IMAGEM

A pandemia da Covid-19, como aqui já apontado previamente, exigiu que a configuração das relações das mais diversas naturezas passasse por modificações e reprogramações, não escapando de tal fluxo a relação trabalhista. Como apontam Pamplona Filho e Fernandez (2020), inaugurou-se um campo jurídico excepcional, com providências não habituais a tempos pregressos. Dessa forma, fora exigido dos profissionais de educação a readaptação aos novos meios e interações com os seus alvos de ensino.

Entretanto, as instituições de ensino, tanto em âmbito público quanto privado, geralmente, não apresentam estrutura, preparo e, principalmente, disposições contratuais acerca dessa nova reorganização de trabalho. Dessa forma, dentro de um recorte mais específico, é possível analisar que, entre as dificuldades de tal cenário, o direito à imagem dos docentes não é tutelado nos contratos de trabalho firmados.

Cabe observar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X, define o direito à imagem como inviolável, assegurando indenização perante esta hipótese; também é disciplinado nesse mesmo sentido no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), ratificando a não interferência na vida privada. Consta, portanto, no rol de direitos à privacidade, uma vez que a imagem é uma forma de projeção de personalidade das pessoas e a sua utilização em âmbito profissional de maneira não consentida interfere na dignidade do trabalhador professor.

Assim, em relação aos contratos de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho, CLT define estes como acordo tácito ou expresso, equivalente à relação de emprego. Calvo (2020) indica como características principais dos contratos o fato destes serem bilaterais, onerosos, comutativos, consensuais, sinalagmáticos e de trato sucessivo.

Tendo isto em vista, observa-se que os direitos e obrigações são justamente definidos nestes; o art. 468 da CLT indica ainda que as alterações no contrato de trabalho devem ocorrer por mútuo consentimento das partes, o empregado e o empregador. Todavia, situações excepcionais precisam ser guiadas e direcionadas com precaução, caminhando no limiar entre a flexibilização decorrente do contexto e a violação de contratos previamente definidos.

Por meio desses parâmetros, o Ministério Público do Trabalho divulgou, em junho de 2020, nota técnica nº 11/2020 elaborada pelo Grupo de Trabalho GT- COVID-19, na qual definia diretrizes e medidas a serem adotadas pelas instituições de ensino de forma a orientar um posicionamento viável e claro.

No item 14, tem-se expressamente a necessidade do respeito ao direito da imagem e privacidade dos docentes. Observa-se uma tentativa de garantia aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos; todavia, a implementação prática, por meio desses moldes, ainda se mostra muito rasa, uma vez que a forma de proteção não é, de fato, explicada.

Há uma delimitação mais direta no item 16, no qual exige-se consentimento prévio e expresso dos docentes para a utilização tanto do seu material didático quanto da sua imagem. Ainda assim, a situação não se mostra nada simples, uma vez que, se houvesse resistência por parte do professor da utilização de sua imagem, não há como saber qual seria a forma de lidar da instituição de ensino ou se haveria alguma possibilidade de realização das aulas respeitando o posicionamento do docente.

Partindo desse pressuposto, entende-se que, quanto aos reflexos da pandemia nos contratos, é preciso cooperação entre as partes; assim, para que os direitos e obrigações devam ser respeitados, independentemente do período pandêmico, é preciso de uma atuação coletiva para que haja equilíbrio na relação.

Uma das vias possíveis para a resolução, portanto, para tal problemática, seria o termo de cessão de direito, um aditivo do contrato de trabalho. Neste termo, haveria de se determinar alguns pontos essenciais: primeiramente, a veiculação deste, tendo em vista o respeito ao direito de imagem, para que a utilização dela se dê somente durante os momentos acadêmicos para os alunos os quais são lecionados pelo respectivo docente.

Junto a isso, é preciso regular a forma de utilização da imagem. Assim, a instituição de ensino não pode fazer uso da imagem do professor para algum fim que não seja pedagógico, uma vez que isto resultaria no desvio da função principal do termo. Não seria viável, por exemplo, a utilização destas imagens para fins de propaganda sem o expresso consentimento do docente no termo.

Também de extrema relevância, é preciso que seja expresso o período temporal pelo qual o termo seria vigente. Isso porque as aulas remotas surgem como uma substituição temporária e necessária das aulas presenciais, o que leva à conclusão de que, assim como esta é uma situação temporária, o termo também, esgotando-se quando o uso da imagem já não mais possuir sentido.

Concluindo, de maneira lógica, também deverá ser expresso que a instituição de ensino não deva desviar do que fora acordado, em conformidade com as exigências mencionadas. Dessa forma, complexa por natureza e recente demais para que haja uma ideia completamente pacífica acerca de soluções, a questão poderá seguir um caminho de equilíbrio entre as partes, sobretudo buscando respeitar os direitos do professor, sem violar o contrato de trabalho originalmente estipulado.

4 DESAFIOS À INTEGRIDADE FÍSICA E PSICOLÓGICA DOS PROFESSORES

Dentro do cenário acima explicitado, vê-se a necessidade de traçar relações entre as consequências das adaptações necessárias à pandemia e o bem-estar dos docentes que é desdobramento do direito humano à saúde, como prevê o art. 25, DUDH/48, incorporado

como direito fundamental na Constituição brasileira no art. 6º, e que, portanto, se relaciona diretamente com a promoção da dignidade humana destes trabalhadores.

Ainda, destaca-se que para a Organização Mundial da Saúde, OMS, em sua Constituição (OMS,1946), “saúde” deve ser compreendida não só como a ausência de enfermidades, mas como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Desta forma, a análise se inicia pela abordagem das consequências psicológicas e sociais e, após, as físicas.

Desse modo, primeiramente, destaca-se que a profissão por si só já tem uma considerável carga de estresse, na medida em que os “[...] professores estão suscetíveis às tensões geradas pela constante responsabilidade inerente ao processo de ensino-aprendizagem” (ARAÚJO et al, p. 4957, 2016), o que impacta diretamente no bem-estar psíquico dos docentes.

Além disso, a pandemia trouxe novas variáveis para essa conta, tendo em vista a adoção de medidas necessárias para garantir o afastamento social e a segurança de todos. Dentre estas novas variáveis, vale mencionar o constante desafio para dominar as ferramentas tecnológicas indispensáveis para a produção de materiais didáticos e para sua própria atividade fim, dar aulas, o aumento do tempo despendido em questões relativas ao trabalho, bem como a redução dos contatos sociais, como por exemplo, lecionar diante de telas de computador ou não ter o momento social entre os outros docentes, a prática das atividades laborais exigindo pouca mobilidade física e a própria insegurança trazida pelo medo de contaminação pelo COVID-19.

E, atenta a esse contexto, a Nota Técnica nº 11 de 2020 do Ministério Público do Trabalho supracitada, a qual tem caráter meramente de instrução, buscou dar diretrizes de proteção dos direitos dos docentes em *home office*, especialmente no que diz respeito à saúde e à privacidade – que já se analisou no capítulo anterior.

No âmbito da higidez psicológica dos docentes, a Nota dá destaques ao equilíbrio entre a carga horária e as relações sociais do trabalhador, art. 10, tanto com outros profissionais da educação, quanto dentro do âmbito familiar. A relevância de se tratar de relações sociais é justamente seu papel de reduzir o estresse e o desgaste psicológico enfrentados pelos professores.

Em pesquisa sobre os docentes da Universidade do Rio Grande do Norte, constatou-se, por exemplo, que “[...] o ambiente familiar tem grande influência na redução da sensação de cansaço emocional” (ARAÚJO et al, p. 4959, 2016). Essa pesquisa, elaborada num contexto “pré-pandêmico”, deixa evidente que a realidade observada com o surgimento do vírus é apenas uma intensificação de algo que já existia. Nesse sentido, já se observava que

As dificuldades em conciliar a vida profissional e afetiva são marcantes, sobretudo nas profissionais do sexo feminino, em função do acúmulo de papéis. Elas experienciam maiores níveis de estresse ocupacional relacionado ao excesso de trabalho, à carreira profissional e aos problemas familiares. Assim, observa-se que a dificuldade em desvincular-se das obrigações acadêmicas é uma realidade presente na vida dos professores, afetando sua vida familiar e social, bem como provocando constantes preocupações, o que pode levar ao desgaste mental. (ARAÚJO et al, p. 4959, 2016).

Com mote semelhante foi que se deu a Convenção de nº 156 da Organização Mundial do Trabalho, OIT, de 1983. Essa convenção buscou traçar caminhos para a harmonização entre o exercício laboral e as atividades familiares, uma “segunda jornada de trabalho”, tanto para trabalhadores quanto para trabalhadoras. No entanto, destaca-se que essa convenção não recebeu guarida no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo sido ratificada.

Ademais, a Nota Técnica nº 11 do MPT expande o ambiente social do professor para os colegas de trabalho também. Nesse sentido, seu art. 10 recomenda a disponibilização de ambientes virtuais para que os docentes possam interagir entre si nos períodos de intervalos.

Destaca-se, ainda, que dentro de uma perspectiva local, a Universidade Estadual do Maranhão, UEMA, adotou medida inovadora para a saúde mental dos professores, não tratada na nota técnica supramencionada.

Essa instituição de ensino superior, no art. 33 da Resolução N.º 1446/2021-CEPE/UEMA, estabelece a promoção de “apoio psicológico e de saúde mental” para professores, alunos e todo o setor administrativo da UEMA, voltando-se a ampará-los frente às perdas de familiares sofridas, os desafios do distanciamento social, entre outros.

Deste modo, por meio de atendimento psicológico agendado e gratuito, os docentes desta universidade puderam ter acesso a esse serviço essencial à proteção de sua saúde psicológica.

Já a tutela da saúde física do professor tem amparo nos arts. 3º, 7º e 11 da Nota Técnica nº 11 do MPT. Nesse sentido, há destaques para a necessidade de adaptações ergonômicas de itens indispensáveis para estes profissionais, como mesas e cadeiras, devendo o empregador proceder com a oferta ou reembolso dos valores investidos na garantia da integridade física. Aliado a isso, a Nota também se volta ao dever do empregador de promover atividades e exercícios voltados a amenizar os riscos de lesões oriundas de movimentos repetitivos ou ainda de evitar futuras complicações pelo fato de os docentes passarem a maior parte do seu tempo sentados, diante de telas (art. 7º, NT 11/2020).

A mudança para as aulas remotas, como exposto, exige exposição constante e por longos períodos às telas de computador o que pode gerar impactos negativos, especialmente na saúde ocular desses profissionais, uma vez que

En la literatura revisada hay evidencia clara de que largas jornadas frente a una computadora tienen consecuencias nocivas para la vista y el sistema osteomioarticular, entre otros. [...] Aquellos que trabajan diariamente frente al monitor o se han convertido en adictos al medio, poco a poco comienzan a detectar síntomas preocupantes en su organismo. [...] *Según estudios realizados en Europa y Estados Unidos, existe un estimado que entre el 50 y el 90% de los usuarios habituales de computadoras sufren fatiga ocular, ojos rojos, irritados y secos, tensión y pesadez de párpados, lagrimeo, sensación de quemazón, visión borrosa y dificultad para enfocar objetos lejanos.* Lo mismo que las posturas corporales inadecuadas generan tensión muscular que se traduce en cefaleas, cervicalgias y sacrolumbalgias. Otros estudios también informan de síntomas como visión doble y fotofobia. [...] A toda esta gama de síntomas y signos se le ha dado a conocer como *Síndrome del ojo del Ordenador, Síndrome de la visión de la Computadora* o CVS (*Computer Vision Syndrome*, por sus siglas en inglés). (MARTÍNEZ et al, 2008, grifamos).

O recomendado para que se evite possíveis traumas da “Síndrome do Olho de Computador” seria ter pausas entre os períodos de trabalho. Segundo Martínez (2008), a recomendação é de pelo menos dez minutos de descanso por hora trabalhada diante uma tela. Ademais, ele aponta que a exposição por longas horas além de ser prejudicial aos olhos também afeta na concentração e produtividade dos profissionais.

Além disso, há de se mencionar também a importância da prática de atividades físicas. Já que, além dos benefícios físicos que promove, tem influências positivas na saúde mental dos profissionais da educação. Isso na medida em que “os professores reconhecem os efeitos do exercício físico para promoção e manutenção da saúde física e psicológica e muitos se utilizam dessa benéfica estratégia” (ARAÚJO et al, p. 4959, 2016).

Contudo, previsões semelhantes não encontram ecos nem na legislação celetista, nem na Resolução da Universidade Estadual do Maranhão aqui analisada.

Destaca-se, por último, que a prática de engajamento social e atividades físicas dependem da disponibilidade de tempo do professor – tempo esse que não é amplamente tutelado (especialmente no contexto de aumento de encargos e *home office*), frente à “[...] lacuna existente de uma previsão legal explícita do direito à desconexão do trabalho” (TESTI, p. 33, 2019). Ademais, a própria solução da problemática dos riscos à saúde ocular relaciona-se também com períodos de pausa do trabalho diante de telas de computador,

A preocupação a respeito do direito de desconexão surge num contexto de avanço e aplicação das novas tecnologias no mundo do trabalho, já que, a partir da incorporação daquelas, o trabalhador passa a ser responsável, por exemplo, por responder e-mails, mensagens, entre outros, estando à disposição do empregador (e, no caso do professor, este se encontra também à disposição dos alunos) em *stand by*, o que prejudica seu descanso, convívio familiar e social e lazer (TESTI, p. 34, 2019) e, conseqüentemente, seu bem-estar.

O direito à desconexão é, desta forma, conceituado como “direito ao não trabalho”, mas não “[...] no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos,

até o nível necessário à *preservação da vida privada e da saúde*” (SOUTO MAIOR, 2003, grifamos). De tal modo que “os períodos de descanso são, tipicamente, a materialização do direito à desconexão do trabalho” (TESTI, p. 34, 2019).

E, especialmente no recorte a que esse artigo se propõe, o direito à desconexão do professor do ambiente de trabalho – agora digital, por conta da pandemia – se mostra imprescindível para a proteção de sua integridade psicofisiológica, ou seja, da garantia do direito fundamental à saúde a essa classe trabalhadora e, conseqüentemente, a promoção da dignidade humana dos docentes.

Demonstrada a complexidade das conseqüências surgidas para os professores nesta nova realidade, fica evidente que ainda não há uma tutela normativa que dê amparo completo aos direitos da saúde dos docentes, já que a Nota Técnica aqui mencionada tem caráter meramente instrutivo.

Dessa forma, esse ato administrativo pouco influi em garantias de fato para esses trabalhadores, como, por exemplo, o estabelecimento de novas cláusulas obrigatórias nos contratos de trabalho visando e garantindo individualmente (mas de maneira sistematizada) a integridade psicofisiológica desses profissionais na extensão aqui analisada.

O que se tem atualmente ainda não alcança esse objetivo, já que, por exemplo, o art. 75-E da CLT não consegue abarcar a extensão da problemática, pois apenas determina que “o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho” (BRASIL, 2017).

Assim, torna-se necessário atacar o problema em sua origem, a qual se liga especialmente à questão do tempo do professor despendido em atividades laborais diante de telas e, portanto, é necessário que se tutele o direito à desconexão para a garantia da saúde do trabalhador professor em regime de aulas remotas.

Nesse sentido, há grande relevância em projetos de lei tais como o de nº 2477/2021, que busca garantir aos trabalhadores em *home office* “[...] os limites de jornada, as pausas e os intervalos laborais previstos no Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT)” (BRASIL, 2021), ou seja, o direito à desconexão.

Além disso, este projeto de lei também se volta à integridade física na medida em que estabelece o dever de promoção ou ressarcimento pelo empregador de instrumentos de trabalho ergonômicos para o empregado.

Essas iniciativas legislativas são essenciais para que se tenha efeitos no caso concreto, na realidade individual de cada professor, a partir da inserção destes direitos, por exemplo, nos contratos de trabalho, que são garantia última dos direitos do trabalhador na ótica individual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa debruçou-se sobre o exercício do magistério pelo professor na pandemia e suas implicações na garantia de direitos fundamentais e, portanto, na própria dignidade humana dessa classe trabalhadora.

Deste modo, deu-se um enfoque especial aos direitos fundamentais à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e à saúde (art. 6º, CRFB/88); de tal forma que se analisou os impactos na integridade psicofisiológica bem como na privacidade destes profissionais, ao levar em conta o seu direito à imagem e os limites, estabelecidos ou não, das comunicações e atribuições por meio virtual.

Para tal, buscou-se, em um primeiro momento, esboçar as normas celetistas que regem essa categoria profissional, assim como apontar as mudanças implementadas para que se superasse a barreira imposta pelo distanciamento social e para que se desse continuidade às atividades educacionais. Nesse ínterim, entende-se que a pandemia teve impactos diversos e complexos na vida, e na garantia de direitos, dos docentes.

Nesse sentido, adentrou-se nas questões relativas à privacidade desses trabalhadores. O que se propôs demonstrar foi que, com o uso de novos instrumentos cibernéticos para simular a realidade em sala de aula no meio digital, o direito fundamental à imagem restaria sem nenhum resguardo.

Isso porque no campo jurídico excepcional que é a pandemia, não existiriam normas que pudessem garantir, a nível de contratos de trabalho, por exemplo, o emprego de meios para assegurar a proteção da imagem do docente.

Em último tópico, objetivou-se traçar os impactos que a nova modalidade de ensino, adotada no período pandêmico atual, trouxe para a saúde dos professores. Aqui, tratou-se não só da saúde num sentido de bem-estar físico, mas também com vistas ao seu desdobramento social e psicológico, além de que se argumentou no sentido de que uma melhor regularização do tempo em serviço e de intervalos são meios para o combate de eventuais danos à incolumidade daqueles profissionais.

Contudo, entende-se que não se vislumbra no ordenamento jurídico brasileiro uma resposta eficaz a essas questões.

Portanto, por meio de leitura e análise bibliográfica e normativa, concluiu-se pelo deficiente respaldo que os supracitados direitos fundamentais dos profissionais docentes têm nesse cenário.

Isso na medida em que, mesmo que existentes normas, como alguns artigos da CLT voltados a tutelar os trabalhadores em regime de *home office*, ou Notas Técnicas, compreende-se que aquelas pecam por não conseguir abarcar a complexidade das questões

surgidas com a pandemia e estas não têm caráter vinculante que assegure aos trabalhadores em tela a garantia de seus direitos.

Mesmo a Resolução Normativa da UEMA, que mostra avanços interessantes, não consegue satisfazer essa lacuna, uma vez que se restringe apenas à realidade local e, ainda assim, não guarda todas as respostas necessárias.

Deste modo, entende-se por necessário a implementação de projetos de lei, tais como o de nº 2477/2021, que proporcionem a esses trabalhadores a garantia da efetivação sistemática e nacional de seus direitos fundamentais.

Essa urgência se mostra mais patente quando tem-se em vista que a realidade do passado será substituída pelo “novo normal” após a pandemia, no sentido de que a necessidade de atos presenciais será repensada e que, portanto, as aulas remotas serão, de alguma forma, mais presentes no cotidiano dos docentes brasileiros.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luana Marcelly Nogueira de; et al. Estresse no cotidiano universitário: estratégias de enfrentamento de docentes da saúde. **Revista de Pesquisa Cuidado é Fundamental Online**, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 4956–4964, 2016. DOI: 10.9789/2175-5361.2016.v8i4.4956-4964. Disponível em: <http://seer.unirio.br/cuidadofundamental/article/view/3946>. Acesso em: 9 ago. 2021.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. (1948). “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**” (217 [III] A). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S. l.: s. n.], 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 3 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, 9 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 3 ago. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, 14 de julho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 5 ago. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2477, de 2021**. Dispõe sobre as medidas de proteção ao trabalhador, em seu retorno, reinserção e continuidade no ambiente de trabalho, durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública internacional decorrente do coronavírus (covid-19). Brasília: 2021. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/149048>. Acesso em: 9 ago. 2021.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (Brasil). **Nota Técnica nº 11/2020 GT-COVID**. Nota Técnica para a atuação do Ministério Público do Trabalho na defesa da saúde e demais direitos fundamentais de professoras e professores quanto ao trabalho por meio de plataformas virtuais e/ou em home office durante o período da pandemia da doença infecciosa COVID-19. [S. l.], 17 jun. 2020. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-n-11-2020-trabalho-on-line-de-professores-gt-covid-19-mpt.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2021.

MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. **Trabalho no tempo do coronavírus**. Saraiva: São Paulo, 2020.

MARTÍNEZ, Raúl Rúa; PARDO, Arlenis Acuña; TEJEDA, Alain A. Pérez. Repercusión visual del uso de las computadoras sobre la salud. **Revista Cubana de Salud Pública**, Havana, v. 34, n. 4, out./dez. 2008. ISSN 1561-3127. Disponível em: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662008000400012. Acesso em: 15 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Nova Iorque, 22 de julho de 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 14 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção Geral da Organização Internacional do Trabalho nº 156**. Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família. [S. l.], 11 de agosto de 1983. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. **Panorama das alterações trabalhistas durante a pandemia da Covid-19**. In: BELMONTE, Alexandre Agra;

MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coords). **Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 773-782.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do Direito à Desconexão do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**: Campinas (SP), n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/108056>. Acesso em: 5 ago. 2021.

TESTI, Amanda Eiras. O direito à desconexão na era tecnológica: uma análise acerca dos desafios e consequências da não fruição do descanso. **Revista de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho**, [s. l.], v. 1, ed. 1, p. 33-46, jan./jun. 2019. ISSN 2674-7324. Disponível em: <https://revistas.anchieta.br/index.php/Dirdotrabalhoeprocessodotrabalho/article/view/1421>. Acesso em: 5 ago. 2021.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Anuário Brasileiro de Educação Básica 2020**. São Paulo: Moderna, 2020.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO MARANHÃO (UEMA). **Resolução nº 1446/2021 - CEPE/UEMA.** Estabelece diretrizes educacionais para o ensino remoto nos cursos presenciais de graduação da Universidade Estadual do Maranhão- UEMA, em virtude da permanência da situação de excepcionalidade da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2). [S. l.], 6 abr. 2021. Disponível em: <https://www.prog.uema.br/wp-content/uploads/2016/05/CEPE-1446-2021.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2021.

CAPÍTULO 15

OS DIREITOS DO TRABALHO DO GARI: efeitos nos contratos de trabalho sob as normas vigentes no curso da pandemia

José Alciran Fernandes Oliveira Junior¹⁷⁶

Petunia Galvão Bezerra¹⁷⁷

Jaqueline Alves da Silva Demetrio¹⁷⁸

RESUMO: A produção e acúmulo de lixo é um expressivo impasse existente no espaço urbano há diversos períodos de tempo. Nesse diapasão, a figura do gari é importante profissional no combate ao crescente desafio. Tal trabalhador constantemente precisa praticar determinados cuidados com o manuseio de resíduos para que não ocorram infecções com os materiais ou ferimentos com objetos quebráveis. Por conseguinte, com os eventos provocados pela pandemia do coronavírus (Covid-19), essas questões foram intensificadas e o Direito do Trabalho necessitou de novos mecanismos legais para regular os trabalhadores no novo cenário. Diante disso, o presente estudo visa analisar a situação do contrato de trabalho do gari no contexto pandêmico. O seguinte artigo possui como objetivos específicos delinear breve conjuntura a respeito da profissão de gari no Brasil atualmente, compreender mudanças do contrato de trabalho a partir das Medidas Provisórias 936 e 1.045 e examinar como se manifestaram as características do contrato de trabalho do gari na pandemia. Desse modo, será realizada uma pesquisa de caráter exploratório, que utilizará de revisão bibliográfica, além de levantamento de dados por meio de fontes primárias e secundárias.

Palavras-chaves: Contrato de trabalho; Covid-19; Gari.

ABSTRACT: The production and accumulation of garbage is a significant impasse existing in urban space for different periods of time. In this tuning fork, the figure of the street sweeper is an important professional in combating the growing challenge. Such a worker constantly needs to practice certain care with the handling of waste so that infections with the materials or injuries with breakable objects do not occur. Consequently, with the events caused by the coronavirus pandemic (Covid-19), these issues were intensified and the Labor Law needed new legal mechanisms to regulate workers in the new scenario. Therefore, this study aims to analyze the situation of the street sweeper's employment contract in the pandemic context. The following article has as specific objectives to outline a brief situation regarding the profession of street sweeper in Brazil today, understand changes in the employment contract from Provisional Measures 936 and 1,045 and examine how the characteristics of the labor contract of the street sweeper in the pandemic manifested. Thus, exploratory research will be carried out, which will use a literature review, in addition to data collection through primary and secondary sources.

Keywords: Employment contract; Covid-19; Street sweeper.

1 INTRODUÇÃO

O lixo pode ser compreendido como o conjunto de resíduos produzidos com o desempenho das diversas atividades humanas. Nesse contexto, os centros urbanos sempre foram ambientes marcados pelo acúmulo de detritos. No Brasil, em 1830, um decreto imperial ordenava o “desempachamento” das ruas do espaço urbano. O instrumento normativo era um

176 Discente do Curso de Direito da UEMA. <http://lattes.cnpq.br/1368961877676072>. Email: alciranj@gmail.com

177 Discente do Curso de Direito da UEMA. <http://lattes.cnpq.br/7105615156939680>. Email: galvaopetunia@gmail.com

178 Graduada em Direito pelo CEUMA. Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília. Professora universitária da Universidade Estadual do Maranhão. Diretora do Curso de Direito da UEMA – Email: jaquelineasdemetrio@hotmail.com. Lattes: 1019408854302854

meio de obrigar a coleta de lixo e preconizava que nas ruas não deveria haver a presença de moradores de rua.

Na época do Segundo Reinado, em 1876, ocorreu a contratação do francês Pedro Aleixo Gary para a limpeza dos locais da capital. Era de responsabilidade de sua empresa, o transporte do lixo produzido no Rio de Janeiro para a ilha de Sapucaia, localizada na Baía da Guanabara. O sujeito de origem francesa ficou popularmente conhecido pela limpeza urbana que provocou na cidade, o que tornou seu sobrenome reconhecido pela população. Desse modo, o nome de família do empresário possibilitou a origem do vocábulo “gari”.

Os garis são responsáveis pela coleta de lixo na porta de residências, seu depósito no caminhão de armazenamento provisório e o descarte em lugar adequado. Além disso, tal profissional é responsável por garantir a limpeza dos centros urbanos, uma vez que também pode varrer calçadas e ruas de diversos pontos da cidade e pela conservação de área pública.

É válido mencionar que os garis também são conhecidos como varredores de rua, coletores de lixo domiciliar, margaridas e trabalhadores de limpeza pública. Tais nomenclaturas demonstram a pluralidade de atividades desempenhadas por essa classe de trabalhadores, que é uma importante e expressiva figura para a conservação do espaço urbano, estando ligada com o direito à cidade, uma vez que o acúmulo de detritos compromete o desenvolvimento socioambiental das cidades e o gari atua no combate de tal impasse.

Destaca-se a CBO (Classificação Brasileira de Ocupações), instituída por portaria ministerial nº 397, de 9 de outubro de 2002, que tem como finalidade a identificação das ocupações do mercado de trabalho no Brasil, para fins classificatórios junto aos registros administrativos e domiciliares. De acordo com tal classificação, a figura do gari é considerada como ocupação.

Diante do exposto, é notório que a profissão de gari é uma atividade essencial para o espaço urbano. Todavia, com a pandemia do coronavírus (Covid-19), diversas mudanças na forma de exercer atividades profissionais foram provocadas devido à preocupação com condições sanitárias e propagação do vírus entre a população.

Nessa perspectiva, a pandemia também trouxe novos cenários para o Direito do Trabalho, logo, o presente estudo visa analisar os novos desdobramentos do contrato de trabalho do gari no cenário pandêmico. O seguinte artigo possui como objetivos específicos delinear breve conjuntura a respeito da profissão de gari no Brasil atualmente, compreender mudanças do contrato de trabalho a partir das Medidas Provisórias 936 e 1.045 e examinar como se manifestaram as características do contrato de trabalho do gari na pandemia. Para isso, será realizada uma pesquisa de caráter exploratório, que utilizará de revisão bibliográfica, além de levantamento de dados por meio de fontes primárias e secundárias.

2 O TRABALHO DO GARI NO BRASIL

O Gari é um importante profissional do serviço de limpeza pública da cidade. Nesse sentido, no presente texto, esse conceito é utilizado em uma ampla interpretação, na qual as atividades desse trabalhador incluem as atribuições direcionadas à função do coletor de lixo (resíduos).

O início do exercício dessa profissão no Brasil já remonta a relevância de tal ofício para o bem comum e a urbe, tendo em vista a menção a incumbências parecidas desde os anos de 1830, no Brasil (BASILE, 2020).

Destarte, nos dias atuais, as obrigações do labor mencionado podem ser visualizadas, minuciosamente, a partir da Lei Nacional de Saneamento Básico, Lei Nº 11.445, de 5 de Janeiro de 2007, em se tratando dos art. 3º e 7º desta.

Nessa ambiência, o saneamento básico é compreendido sob a concepção de conjunto, o qual abrange, dentre seus itens, o tocante aos serviços de limpeza urbana e concernente aos resíduos sólidos. Portanto, é citada a previsão legal em que se pode ser conferida esta indicação:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e seus instrumentos de medição; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais necessárias à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até sua destinação final para produção de água de reúso ou seu lançamento de forma adequada no meio ambiente; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) [...]. (BRASIL, 2007)

Ademais, o art. 7º do arcabouço legislativo mencionado anteriormente também traz em seu conteúdo as atividades as quais estão englobadas ao quesito da alínea “c”, inciso I do art. 3º da Lei Nacional de Saneamento, conseqüentemente, destaca-se:

Art. 7º Para os efeitos desta Lei, o serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos é composto pelas seguintes atividades:

I - de coleta, de transbordo e de transporte dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 3º desta Lei;

II - de triagem, para fins de reutilização ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem, e de destinação final dos resíduos relacionados na alínea “c” do inciso I do caput do art. 3º desta Lei; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - de varrição de logradouros públicos, de limpeza de dispositivos de drenagem de águas pluviais, de limpeza de córregos e outros serviços, tais como poda, capina, raspagem e roçada, e de outros eventuais serviços de limpeza urbana, bem como de coleta, de acondicionamento e de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos provenientes dessas atividades. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020). (BRASIL, 2007)

Por conseguinte, é notável que no excerto destacado encontra-se a citação tangente a atividades desenvolvidas pelos garis, em seu sentido amplo, como já apresentado previamente. De tal modo, podem-se verificar os itens pertinentes à “coleta e transporte dos resíduos” e o da “varrição de logradouros públicos”, as quais caracterizam os serviços prestados pela equipe de limpeza urbana.

Todavia o entendimento acerca da imprescindibilidade da ocupação de gari, a apreciação deste profissional por parte daqueles que usufruem de seus serviços não é favorável a esses trabalhadores, visto que esta ocupação é muito pouco valorizada pela sociedade brasileira mesmo se tratando de um dos ofícios fundamentais à vivência cotidiana.

Uma das razões apontadas para o descaso com esses profissionais é o preconceito quanto às tarefas desempenhadas por eles, que, em sua maioria, exigem o contato com diversos de resíduos, o lixo, além do baixo apreço social quando se trata de empregos cujos deveres estão diretamente relacionados ao “trabalho manual”.

Além disso, não suficiente à desvalorização e a indiferença com o qual os trabalhadores de limpeza pública são tratados diante da visão coletiva, estes pertencem a uma das categorias mais suscetíveis a sofrerem acidentes de trabalho, devido o expressivo risco de queda, bem como a ocorrência de outros tipos de lesões oriundas das movimentações que estes têm que realizar corriqueiramente, durante o exercício de suas funções, ou até mesmo serem atropelados por outros veículos no momento em que precisam fazer a coleta de resíduos em ruas ou calçadas perigosas com alta movimentação.

É possível comprovar a importância dos coletores de lixo para o território nacional com o significativo aumento de postos empregos diretos no setor de limpeza no país, que passou de cerca de 284.000 (duzentos e oitenta e quatro mil) para 332.000 (trezentos e trinta e dois mil) postos de trabalho na última década, conforme dados informados panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2020, disponibilizado pela Associação Brasileira de Empresas de Limpeza pública e Resíduos Sólidos.

Sob essa perspectiva, o levantamento mencionado também aponta que entre 2010 e 2019, a geração de Resíduos Sólidos Urbanos (RSU) registrou um forte crescimento, passando de 67.000.000 (sessenta e sete milhões) para 79.000.000 (setenta e nove milhões) de

toneladas por ano, enquanto a geração per capita expandiu de 348 (trezentos e quarenta e oito) kg/ano para 379 (trezentos e setenta e nove) kg/ano, o que provoca uma intensificação da necessidade de garis no ambiente da cidade.

Ademais, é possível concluir que o processo em questão envolve diferentes problemáticas que o gari pode enfrentar em sua rotina de trabalho, como acidentes e riscos a sua integridade física. Contudo, é notório o avanço na conquista de direitos pertinentes a essa classe de trabalhadores, como pode ser observado diante do próprio entendimento disposto na jurisprudência pátria:

I-AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMADOS. IN Nº 40 DO TST. LEI Nº 13.015/2014. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. A) PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. B) PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. C) ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFIGURAÇÃO. D) ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MATERIAIS. DESPESAS MÉDICAS. E) ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. VALOR DAS INDENIZAÇÕES. No caso concreto, a parte não consegue infirmar a decisão agravada, e não está demonstrada a viabilidade do conhecimento do recurso de revista nos termos do art. 896 da CLT, no particular. Agravo de instrumento a que se nega provimento. ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. PAGAMENTO EM ÚNICA PARCELA. VALOR. Deve ser provido o agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista quanto à alegada violação do art. 950 do CCB. No caso concreto, o pagamento em parcela única, em princípio, parece destoar dos critérios adotados na Sexta Turma do TST, pois o TRT fez critério meramente matemático de multiplicação de salário, ainda que com deságio, pelo tempo de expectativa de vida. Agravo de instrumento a que se dá provimento, quanto ao tema. II-AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. IN Nº 40 DO TST. LEI Nº 13.015/2014. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DESPESAS MÉDICAS FUTURAS. Aconselhável o provimento do agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista, por provável violação do art. 949 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se dá provimento quanto ao tema. ACIDENTE DO TRABALHO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. O trecho indicado da decisão recorrida não identifica os diversos fundamentos de fato e de direito assentados no acórdão recorrido para resolver a controvérsia, como, por exemplo, as premissas fáticas necessárias à reforma do valor da indenização por danos morais e estéticos (conduta culposa do empregador, dano, nexos causal, etc.) Não atendida, portanto, a exigência prevista no art. 896, § 1º-A, I da CLT, motivo pelo qual o recurso de revista não deve ser conhecido. Agravo de instrumento a que se nega provimento. III-RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. DESPESAS MÉDICAS FUTURAS. 1 - Foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1º-A, da CLT, introduzidos pela Lei nº 13.015/2014. 2 - Nos termos do art. 949 do CCB, "No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento (...) até ao fim da convalescença". 3 - Ante o princípio da restituição integral do dano, a empresa que foi culpada pelo acidente do trabalho deve ser condenada ao pagamento da indenização pelos danos emergentes: as despesas com tratamento. [...] 5 - Recurso de revista a que se dá provimento. (Grifo dos autores). (TST - ARR: 19975220125100015, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 06/06/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/06/2018)

Nesse interím, o seguinte julgado do TST, do processo nº 1997-52.2012.5.10.0015, demonstra uma realidade no cenário nacional, marcada por condições desfavoráveis ao agente

de limpeza das cidades, que não possuem local de repouso apropriado, além de disporem espaços adequados e limpos para realizar suas necessidades básicas.

3 AS MUDANÇAS NO CONTRATO DE TRABALHO NO BRASIL DURANTE A PANDEMIA

O cenário de calamidade pública ocasionado pela pandemia do coronavírus provocou diversas mudanças no que se refere ao contrato de trabalho no Brasil. Nesse contexto, destaca-se, a Medida Provisória nº 936, de 01 de abril de 2020. Tal dispositivo institui o Programa Emergencial Manutenção do Emprego e da Renda e estabelece medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Conforme o art. 2º da MP 936 e seus incisos, os objetivos do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda são:

- D) preservar o emprego e a renda;
- II) garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais;
- III) reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

Cumpram ressaltar também, que são medidas do mesmo Programa: o pagamento de Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, além da suspensão temporária do contrato de trabalho. Sobre competência, de acordo com o art. 4º da MP 936, o Ministério da Economia é o responsável por coordenar, executar, monitorar e avaliar o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e editar normas complementares necessárias à sua execução.

Vale destacar que, a Medida Provisória nº 936 foi convertida na Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Diante disso, no que se refere ao contrato de trabalho, a Lei mencionada prevê no seu art. 5º, II, que o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será pago no caso de suspensão temporária do contrato de trabalho. Nesse sentido, o benefício será de prestação mensal e devido a partir da data do início da suspensão temporária do contrato de trabalho.

Os incisos I e III do § 2º da Lei 14.020 preconizam que: o empregador deverá informar ao Ministério da Economia sobre a suspensão temporária do contrato de trabalho no prazo de 10 (dez) dias, contado da data de celebração do acordo; e que o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será pago exclusivamente enquanto durar a suspensão transitória do contrato de trabalho. Esse benefício, conforme o art. 6º da Lei abordada terá seu valor calculado com base na quantia mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

No caso de suspensão temporária contrato de trabalho, o inciso II, do art. 6º da Lei 14.020 prevê que o benefício terá valor mensal:

- a) equivalente a 100% (cem por cento) do valor do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, na hipótese prevista no caput do art. 8º desta Lei; ou
- b) equivalente a 70% (setenta por cento) do valor do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, na hipótese prevista no § 5º do art. 8º desta Lei. (BRASIL, 2020)

A suspensão temporária do contrato de trabalho encontra regulação mais específica na Seção IV da Lei nº 14.020. Nesse panorama, o art. 8º preconiza que o empregador poderá realizar o acordo de suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, pelo prazo máximo de 60 (sessenta) dias, fracionável em 2 (dois) períodos de até 30 (trinta dias), que pode ser prorrogado por prazo determinado em ato do Poder Executivo. Tal suspensão poderá ocorrer por meio de acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado. Nesse último caso, a proposta de acordo deve ser enviada ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos.

O parágrafo 2º do art. 8º da Lei analisada prevê que durante o tempo de suspensão transitória do contrato de trabalho, o empregado fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados e ficará autorizado a contribuir para o Regime de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo.

Vale mencionar que caso, durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho, o funcionário mantenha as atividades de trabalho, ainda que de modo parcial, por intermédio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, fica descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho. Diante disso, o empregador estará sujeito: a) ao pagamento imediato de remuneração e dos encargos sociais e trabalhistas referentes a todo o período; b) às penalidades previstas na legislação em vigor; c) às sanções previstas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Nos cenários em que a empresa tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), essa somente poderá realizar a suspensão do contrato de trabalho mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de 30% (trinta por cento) do valor do salário do empregado, durante o decorrer da suspensão temporária do contrato de trabalho pactuado.

Ainda sob a perspectiva da Lei 14.020, o § 6º do art. 8º preconiza que respeitado o limite temporal do estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º da Lei, é possível que o Poder Executivo prorogue o prazo máximo de suspensão transitória do contrato de trabalho, na forma do regulamento. Sob esse sentido, a Lei nº 14.020 perdeu sua vigência,

visto que estava condicionada ao estado de calamidade pública determinado pelo Decreto Legislativo nº 6, que teve seu fim em 31 de dezembro de 2020.

A Medida Provisória nº 1.045 também necessita ser comentada. Tal dispositivo institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe medidas complementares para o enfrentamento das consequências da emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do coronavírus no âmbito das relações de trabalho.

Por conseguinte, é medida, de acordo com o art. 3º, III, da Medida Provisória mencionada, a suspensão temporária do contrato de trabalho. Seu artigo 2º estabelece o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a aplicação do novo programa, contado a partir da data da publicação da MP.

Vale apontar que, de acordo com o parágrafo único do art. 3º da Medida Provisória 1.045, o disposto no caput deste artigo do instrumento normativo não é aplicável aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias e aos organismos internacionais. Ademais, no Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, também compete ao Ministério da Economia coordenar, executar, monitorar e avaliar espécie de auxílio.

Segundo o § 2º do art. 6º da MP 1.045, o novo Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda não será devido ao empregado que esteja ocupando cargo ou emprego público ou cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, ou seja, titular de mandato eletivo, ou ainda:

II - em gozo:

- a) de benefício de prestação continuada do Regime Geral de Previdência Social ou dos regimes próprios de previdência social, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991;
- b) do seguro-desemprego, em quaisquer de suas modalidades; ou
- c) do benefício de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei nº 7.998, de 1990.

Salienta-se que, com base no disposto no § 3º do art. 6º da MP 1.045, se o empregado possuir mais de um vínculo formal de emprego, poderá receber cumulativamente um Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda para cada vínculo com redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou com suspensão temporária do contrato de trabalho. No caso desta medida provisória, caso o cálculo do benefício resultar em valores decimais, o valor a ser pago deverá ser arredondado para a unidade inteira imediatamente superior.

De modo similar a Medida Provisória 936, a MP 1.045 também aborda na Seção IV, valendo dar destaque ao § 8º do art. 8º, segundo o qual o termo final do acordo de suspensão

temporária do contrato de trabalho não poderá ultrapassar o último dia do período estabelecido no art. 2º, exceto na hipótese do Poder Executivo prorrogar o prazo.

Devido à importância que a MP 1.045 demonstrou ao longo da pandemia, foi aprovado no dia 10 de agosto de 2021, pela Câmara dos Deputados, por 304 (trezentos e quatro) votos a 133 (cento e trinta e três), o texto-base da Medida Provisória 1.045/2021. As regras valerão para o indivíduo que possui carteira assinada e para os contratos de aprendizagem e de jornada parcial. O texto-base também produz o Programa Primeira Oportunidade e Reinscrição no Emprego (Priore), direcionado a jovens de 18 a 29 anos, nos cenários de primeiro emprego com registro em carteira, e pessoas com mais de 55 anos sem vínculo formal há mais de 12 meses.

4 O CONTRATO DE TRABALHO DO GARI NOS TEMPOS DE COVID-19

Para discorrer acerca do contrato de trabalho do gari em tempos de Covid-19 serão expostos, de modo sucinto, os conceitos pertinentes aos contratos de trabalho por tempo indeterminado, aos contratos de trabalho por tempo determinado e aos contratos de trabalho temporários.

Essas três modalidades de contrato de trabalho, quanto a sua duração, foram escolhidas tendo em perspectiva o estudo elaborado por Motta e Borges (2016), a recorrência de resultado concernente à contratação temporária de garis, encontrado por meio da ferramenta de pesquisa na internet e de jurisprudência disponível online, além da necessidade de uma breve distinção no tocante a cada um dos contratos mencionados.

Nesse ínterim, para Carlos Henrique Bezerra Leite (2019), “O contrato de trabalho por tempo indeterminado é o que se realiza sem fixação prévia de sua duração. Constitui a regra, sendo o contrato por tempo determinado a exceção.” (LEITE, 2019). Enquanto o contrato de trabalho por tempo determinado corresponde à modalidade contrato de trabalho em que há limite para a duração do período deste contrato. Logo, é notória a elucidação de Ricardo Resende (2020), o qual utiliza o § 1º do art. 443 da CLT, para o qual o significado deste é:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.
(Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.
(Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). (BRASIL, 2007)

No que tange ao contrato de trabalho temporário, esta é uma modalidade contratual cujo quadro jurídico vigente é o da Lei 6.019/1974, nesse aspecto, esta lei permite a contratação temporária de trabalhadores mediante o preenchimento dos requisitos de hipótese que estejam contidos nesta. Portanto, tendo em vista as determinações pertinentes ao caso em referência, destacam-se os seguintes critérios para que seja admitida a contratação nesta modalidade:

Art. 40-B. São requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços a terceiros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

I - prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

II - registro na Junta Comercial; (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

III - capital social compatível com o número de empregados, observando-se os seguintes parâmetros: (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

a) empresas com até dez empregados - capital mínimo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

b) empresas com mais de dez e até vinte empregados - capital mínimo de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

c) empresas com mais de vinte e até cinquenta empregados - capital mínimo de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais); (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

d) empresas com mais de cinquenta e até cem empregados - capital mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais); e (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017)

e) empresas com mais de cem empregados - capital mínimo de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). (Incluído pela Lei nº 13.429, de 2017). (BRASIL, 1974)

Ademais, essa possibilidade de emprego temporário, constante na previsão legislativa citada, versa a respeito da situação na qual uma determinada empresa realizará a contratação de uma outra empresa para que esta indique os trabalhadores a ocupação dos postos de serviço durante aquele período ou efetuará a contratação direta dos profissionais os quais precisará para o atendimento da demanda na época. Quanto ao conceito no cerne desta modalidade, o art. 2º da referida lei aduz:

Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. (Redação dada pela Lei nº 13.429, de 2017). (BRASIL, 1974).

Diante do exposto, ilustrada a justificativa pertinente as três modalidades de contrato de trabalho, será enfatizada a modalidade de contrato por tempo indeterminado, visto que, assim como explicitado primeiramente, o estudo de Motta e Borges (2016) deu base para exemplificação relativa ao contrato de trabalho típico da profissão de gari. Nessa conjuntura, segundo as autoras, diante da exposição de seus resultados, foi observado que os trabalhadores de sua amostragem se caracterizam pelo aspecto (jurídico) do:

[...] contrato por tempo indeterminado, jornada de trabalho contratada de 44 horas semanais distribuídas em seis dias de trabalho e acesso aos seguintes benefícios: férias anuais, previdência social, plano de saúde, vale-alimentação, vale-transporte e auxílio-creche. (MOTTA; BORGES, 2016)

Além disso, antes da pandemia do Coronavírus e, em especial, durante essa situação de exceção ocasionada pela Covid-19, observou-se a recorrência de casos de contratação emergencial de garis, tendo especial relevo, haja vista este quadro se configurar dentre as hipóteses de dispensa de licitação da administração pública. Nesse sentido, sublinha-se o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cujo texto dispõe acerca de tal possibilidade em que “IX - a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público;”.

Logo, o âmbito das contratações temporárias dos servidores de limpeza pública, os garis, sobressaiu quanto ao prisma dos contratos de trabalho dentro do período de pandemia, dado que nesses casos, a contratação desses trabalhadores terá um tempo definido para o término de suas atividades.

Evidencia-se a questão respectiva a essa contratação temporária excepcional, pois, comumente, o modo de admissão de garis nas companhias de limpeza pública é feito a partir de concurso público ou através da terceirização do empregado.

A jurisprudência do STJ já tratou diversas vezes no que tange ao caso de contratação temporária de gari, na qual a justificativa para a contratação excepcional, sem o devido concurso público, deverá ser pertinente e coadunar com a disposição prevista no texto constitucional respectiva ao interesse público. Entretanto, diante do cenário de perda de trabalhadores, etc, no decurso da pandemia de Sars-Cov-2, alguns casos de contratação nessa modalidade foram efetuados, por meio da publicação de edital para a admissão desses trabalhadores, a exemplo da Companhia de Limpeza Urbana de Niterói (CLIN), a qual deu publicidade ao processo de abertura de vagas temporárias para a contratação 120 garis.

Vale ressaltar o entendimento, pelo Judiciário em 2020, de que o gari varredor tem direito a adicional de insalubridade em grau máximo. Sob esse sentido, a Justiça do Trabalho de Santa Catarina reconheceu que os garis que recolhem lixo diretamente em caminhões, os trabalhadores que varrem ou capinam vias públicas em contato com lixo urbano também fazem jus ao adicional de insalubridade em grau máximo, o qual é de 40% (quarenta por cento) sobre o salário mínimo. Tal decisão é da 5ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT-SC), de Processo nº 0000597-88.2018.5.12.0030.

Diante do exposto, é possível observar que o gari pode ser contratado por meio de contrato de trabalho por tempo indeterminado, por tempo determinado e temporário. Nesse diapasão, o profissional que cuida da limpeza no espaço público também pode realizar atividades mediante contrato de prestação de serviços, celebrado com a Administração

Pública, a exemplo do município de Ipueira, no Rio Grande do Norte. Ademais, a admissão do gari também pode ocorrer por intermédio de concurso público.

Diante de tais situações, o trabalhador abordado nesse estudo pode ser regulado por diferentes dispositivos legais, pois podem ser empregados por empresas privadas ou pela Administração. Nesse sentido, como exposto anteriormente, de acordo com o parágrafo único do art. 3º da MP 1.045, o disposto no caput, do mesmo artigo, não se aplica aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como aos organismos internacionais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho em referência teve como objetivo analisar os novos desdobramentos do contrato de trabalho do gari no cenário pandêmico, visando a colaboração científica acerca da temática para o campo do Direito do Trabalho e dos estudos acadêmicos, a fim de aproximar a pesquisa elaborada a partir de conceitos abordados em sala de aula, estudados na doutrina e visualizados na jurisprudência.

Foi intencionada a aproximação dos conteúdos compreendidos na disciplina de Direito do Trabalho, especialmente quanto a assuntos pertinentes ao bem-estar coletivo, tendo em vista a importância da classe trabalhadora abrangida, enfatizando o contexto contemporâneo da pandemia de Covid-19.

Ademais, o estudo realizado não teve como finalidade o esgotamento da temática, mas tão somente a contribuição respectiva à matéria e a pesquisa científica, bem como o alcance dos objetivos específicos e geral presentes no trabalho.

Nessa ambiência, observou-se que diante dos objetivos pretendidos, foram alcançados dois dos objetivos específicos, sendo estes: delinear breve conjuntura a respeito da profissão de gari no Brasil atualmente e compreender mudanças do contrato de trabalho a partir das medidas provisórias 936 e 1.045.

Todavia, verificou-se que, relativamente ao objetivo específico que visava examinar como se manifestaram as características do contrato de trabalho do gari na pandemia não foi alcançado por completo, haja vista os resultados obtidos ao final do artigo, indicarem poucas referências particulares a essa categoria durante a pandemia, tanto no âmbito específico da Lei quanto no quesito de pesquisas científicas e materiais de apoio, bem como notícias direcionadas a dados dos trabalhadores em foco.

Dessa forma a construção do artigo permitiu um conhecimento particular relativo a disciplina de Direito do Trabalho, no que tange a forma de contratação dos garis de modo comum e excepcional, além da exposição respectiva as mudanças legislativas no contrato de trabalho de modo geral durante a pandemia.

REFERÊNCIAS

ABRELPE (São Paulo). **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil 2020**. São Paulo: Abrelpe, 2020. Disponível em: <https://abrelpe.org.br/panorama-2020/>. Acesso em: 12 out. 2021.

BASILE, Rodrigo. **De onde vem a palavra gari? Hoje é o dia dele**. Biblioteca Nacional, 2020. Disponível em: <https://www.bn.gov.br/acontece/noticias/2020/05/onde-vem-palavra-gari-hoje-dia-dele>. Acesso em: 06 ago. 2021

BORGES, Fábio. **GARI VARREDOR TAMBÉM TEM DIREITO A ADICIONAL DE INSALUBRIDADE EM GRAU MÁXIMO, JULGA 5ª CÂMARA**. Portal TRT, 2020. Disponível em: <https://portal.trt12.jus.br/noticias/gari-varredor-tambem-tem-direito-adicional-de-insalubridade-em-grau-maximo-julga-5a-camara>. Acesso em: 07 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 6019, de 3 de janeiro de 1974. **Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Brasília, 3 jan. 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Lei 14.020, de 06 de julho de 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nos 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências**. Lei 14.020, de 06 de julho de 2020. Brasília, DF, 6 jul. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. Medida Provisória 936, 01 abr. 2020. **Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências**. Medida Provisória 936. Brasília: Palácio do Planalto, 01 abr. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 1045, de 27 de abril de 2021. Institui o Novo Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda**. Diário Oficial da União: Edição 78 Seção 1. Página 2. abr. 2021.

CAMPOS, Darlene Freire. **A profissão gari à luz dos direitos sociais do trabalho e das políticas públicas de proteção ao meio ambiente.** Revista de Direito UNIFACEX, v. 6, n. 1, p. 1-19, 2015.

CONTIJO, Gabriel. **Clin abre contratação emergencial para 120 garis.** A Tribuna, 2. ago. 2021. Disponível em: <https://www.tribunarj.com.br/clin-abre-contratacao-emergencial-para-120-garis-2>

LEAL, Darla; SANTOS, Érica Taíse dos; SOBRAL, Raiza. **Ser Gari: o exercício da função, a invisibilidade e o gênero.** UFRB, Santo Antônio de Jesus, v. 1, n. 1, p. 1-21, fev. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MOTTA, Georgina Maria Vêras; BORGES, Livia de O. As condições de trabalho dos garis de varrição de ruas. **Arquivos Brasileiros de Psicologia**, v. 3, n. 68, p. 75-91, 2016.

PETHECHUST, Eloi Rodrigues Barreto; CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. **O DIREITO À CIDADE: eficiência da política nacional de resíduos sólidos à luz da análise econômica do direito.** Revista de Direito da Cidade, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 294-307, 11 fev. 2016. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. DOI: <http://dx.doi.org/10.12957/rdc.2016.19807>.

PIOVESAN, Eduardo. Deputados aprovam texto-base de MP sobre suspensão de contratos de trabalho. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/792281-deputados-aprovam-texto-base-de-mp-sobre-suspensao-de-contratos-de-trabalho>. Acesso em: 08 ago. 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: Método, 2020.

SILVA, Denísia de Jesus. **Invisibilidade Social do profissional da limpeza pública "Gari" em São Félix.** 2019. 56 f. Monografia (Bacharelado em Serviço Social) - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Cachoeira, 2019.