

MOSTRA
CONEXÃO
GRADUAÇÃO

ANAIS 1º/2021

SUMÁRIO

03 APRESENTAÇÃO

04 ARTIGO 1 – DIREITO DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DA MULHER FRENTE À LAQUEADURA

ANA LUIZA RANGEL CORDEIRO
LUIZA SOALHEIRO

35 ARTIGO 2 – A NECESSIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO CONTRATO DE ÚTERO POR SUBSTITUIÇÃO

KELE ADRIANA MARTINS DE MIRANDA MACHADO
LUIZA SOALHEIRO

54 ARTIGO 3 – CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: ANÁLISE CRÍTICA QUANTO A FLEXIBILIZAÇÃO DE GARANTIAS JUSTRABALHISTAS E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

JANAÍNA DE PAULA BARBOSA

86 ARTIGO 4 – A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO E O RECEIO DO OPERADOR DE DIRETO

ROSANA LUCINDA LOPES

APRESENTAÇÃO

Os presentes Anais da Mostra “Conexão Graduação” – 1º/2021 reúnem os trabalhos científicos apresentados no âmbito do projeto “Conexão Graduação”, desenvolvido pelo Pré-ENEM Comunitário do NIC – Núcleo de Incentivo à Cidadania, inscrito no CNPJ nº 06.986.035/0001-28.

A Mostra teve como principal objetivo promover a aproximação entre estudantes e profissionais, constituindo-se como um espaço de diálogo, troca de experiências e socialização do conhecimento científico, com foco no incentivo à formação acadêmica de estudantes em processo de preparação para o ingresso no Ensino Superior.

Por meio da apresentação de trabalhos acadêmicos, o evento Mostra “Conexão Graduação” – 1º/2021 buscou estimular o interesse pela pesquisa, fortalecer a formação educacional dos participantes e ampliar a compreensão acerca das possibilidades acadêmicas e profissionais no âmbito do Ensino Superior.

A iniciativa contribuiu, ainda, para o fortalecimento da cultura científica, incentivando o pensamento crítico, a produção de conhecimento e a integração entre a comunidade acadêmica, reunindo estudantes e profissionais — nesta edição, especialmente da área jurídica — reafirmando o compromisso do NIC com a educação e a cidadania.

Deniza Pereira da Silva Araújo
Presidenta NIC

Contagem, 17 de junho 2021.

O DIREITO DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO E A PRESERVAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA DA MULHER FRENTE À LAQUEADURA

Ana Luiza Rangel Cordeiro¹
Luiza Soalheiro²

RESUMO: A história das mulheres na sociedade brasileira é marcada por lutas em busca do reconhecimento de seus direitos, especialmente no âmbito familiar e reprodutivo. A Constituição Federal de 1988 representou um marco fundamental ao consagrar princípios como a dignidade da pessoa humana, autonomia privada e o direito ao planejamento familiar. Posteriormente, a Lei nº 9.263/1996 regulamentou esse direito, incorporando a esterilização voluntária como método contraceptivo e atribuindo ao Sistema Único de Saúde a responsabilidade pela assistência à concepção e contracepção. Entretanto, a referida lei estabeleceu diversos requisitos para a realização da laqueadura tubária, os quais suscitam questionamentos quanto à compatibilidade com os princípios constitucionais da autonomia privada, da liberdade e do direito à disposição do próprio corpo da mulher. Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo analisar a legalidade dessas restrições, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da preservação da autonomia reprodutiva feminina. Para tanto, utilizou-se pesquisa bibliográfica, análise legislativa e exame de entendimentos doutrinários. Ao final, conclui-se que, embora a legislação represente avanço no reconhecimento dos direitos reprodutivos, ainda subsistem limitações que refletem resquícios de uma estrutura social historicamente patriarcal, comprometendo a plena efetivação da autonomia da mulher, sobretudo no que se refere à decisão sobre seu próprio corpo.

Palavras-chave: Direito das famílias. Mulher. Autonomia Privada. Planejamento Familiar. Laqueadura

¹ Advogada atuante na área de Direito Civil e ESG.
E-mail anarangelcordeiro@hotmail.com

² Advogada. Mestra e Doutoranda em Direito Privado pela PUC/MG.
Professora universitária. E-mail soalheiroluiza@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho dedica-se a analisar as restrições impostas pelo Estado, através da Lei 9.263/96, ao acesso ao procedimento de laqueadura realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), diante dos Princípios da Autonomia Privada e o Direito à disposição do corpo da mulher, partindo-se da análise de Leis e doutrinas.

Tem-se que tais restrições se mostram ilegais, restritivas de direitos fundamentais e que poucas mulheres têm acesso ao procedimento de laqueadura.

Isso porque, desde criança a mulher era preparada para se dedicar aos serviços domésticos e a procriar. Depois de muitas lutas, mudanças importantes ocorreram no cenário brasileiro que alteraram levemente esta realidade, como por exemplo, o advento do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), a Lei do Desquite (Lei nº 3.725), a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77), o Código Civil de 2002 e a Emenda Constitucional 66/10, sendo a mais importante delas, o advento da Constituição Federal de 1988.

A carta magna adotou uma nova perspectiva, baseada na preservação da dignidade da pessoa humana; e em demonstração de reconhecimento aos progressos que ocorreram na sociedade e núcleo familiar, conferiu as mulheres o direito inviolável de serem livres e de serem tratadas de forma igualitária, rompendo com o modelo patriarcal, hierárquico e matrimonial vigente até a época.

Outros direitos vieram junto a estes, como o direito à saúde e à assistência na rede pública através do Sistema Único de Saúde, a reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, bem como o direito ao planejamento familiar, todos eles frutos de reivindicações dos movimentos sociais, principalmente os feministas.

A Lei que regulamentaria o Planejamento Familiar surgiu em 1996, conferindo à homens e mulheres a autonomia na escolha de ter ou não ter filhos e o direito à assistência adequada, cujo ponto principal foi inclusão dos métodos de concepção e contracepção, inclusive práticas de esterilização voluntária, que antes foram consideradas crime de lesão corporal e por isso, por muito tempo eram realizadas de forma clandestina, colocando em risco a vida de várias mulheres que buscavam a laqueadura.

Contudo, apesar de reforçar o contexto social trazido pela Constituição Federal de 1988, a própria Lei 9.263/96, determina vários requisitos que limitam o acesso aos métodos de esterilização voluntária, principalmente a laqueadura, já que, mulheres aguardam mais tempo na fila de espera para conseguir autorização para o procedimento do que homens.

Devido a imposição dessas restrições algumas mulheres não veem alternativa senão, a interposição de ação judicial para ter o seu direito assistido, conforme determinados posicionamentos jurisprudenciais trazidos neste trabalho.

Verificou-se ao final que frente aos aspectos analisados, os requisitos colocados pela Lei 9.263/96 confrontam os propósitos trazidos pela Constituição Federal 1988; que ainda restam resquícios de um passado em que a mulher era considerada incapaz e que por isso não podia influir nas decisões, inclusive nos núcleos familiares; exercer atos civis; que vivia sob a autoridade de seu pai ou de seu marido, fadada ao cumprimento das tarefas caseiras; mas que há pouco interesse legislativo em mudar esta realidade; e que ,portanto, a sociedade brasileira vive um paradoxo, onde as leis afirmam a liberdade e autonomia das mulheres, mas que não são efetivados por impedimentos legais ou sociais discriminatórios, conforme será apresentado ao longo deste trabalho.

2. A MULHER NO NÚCLEO FAMILIAR

Frequentemente, quando imagina uma mulher no núcleo familiar, logo a imagem dela é associada aos serviços domésticos. Seria mais apropriado dizer que, com base na história da mulher na sociedade, esta ligação, em que se relaciona as mulheres às tarefas caseiras, é cultural. No final do século XIX, as igrejas e a ciência influenciavam e sustentavam a postura do homem como o chefe da família e às mulheres restavam as funções de dona de casa, a obrigação de ser carinhosa com a família e com os filhos e, sobretudo, de procriar.

Segundo a autora nigeriana Adichie (2014) a cultura não faz as pessoas, são as pessoas que fazem a cultura, assim, se culturalmente as mulheres ainda possuem papel desigual em relação aos homens, se ainda veem os seus direitos mitigados, precisa-se mudar essa cultura.

Partindo dessa afirmação, verificar-se-á a seguir a trajetória da mulher no cenário brasileiro a partir do Código Civil de 1916 até os dias atuais, oportunidade que se demonstrará com mais detalhes da figura da mulher no âmbito familiar.

2.1 O papel da mulher sob a ótica do Código Civil de 1916

Após três tentativas de codificação: a de Teixeira de Freitas (1959), a de Nabuco de Araújo (1872) e a de Felício dos Santos (1881), o Código Civil de 1916, foi elaborado em abril de 1889, por Clóvis Beviláqua, mas só foi concluído em novembro do mesmo ano e aprovado em 1912 pelo Senado Federal, vindo a vigorar a partir do dia 1º de janeiro de 1917 (DALL' ALBA, 2004).

Vale a pena destacar que, o Código de Beviláqua foi elaborado e aprovado em plena era escravagista e, portanto, traduzia perfeitamente a sociedade de sua época em que a família era “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada, e heterossexual” (DIAS, 2010, p.45).

Segundo Wolkmer (2003), apesar de ter modernizado em alguns aspectos em relação à antiga legislação Portuguesa, o Código de 1916 não seguiu as “grandes inovações sociais que já se infiltravam na legislação dos países mais avançados do Ocidente, refletindo a mentalidade patriarcal, individualista, e machista de uma sociedade agrária preconceituosa”, protegendo, desta forma, os interesses dos “grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil” (WOLKMER, 2003, p. 66).

A Família formada unicamente através do casamento tinha como principal finalidade a reprodução, e a mulher era preparada para isso desde menina, pois não conseguiria “um bom partido” se ela não fosse uma “moça com dotes” (GUIMARÃES, 2012). Para o próprio autor do Código, Clóvis Beviláqua, o casamento nada mais era que a união indissolúvel de um homem e uma mulher, meio pelo qual aos casais legalizavam as relações sexuais, “estabeleciam comunhão de vida e de interesses” e se comprometiam “a criar e educar a prole que de ambos ao nascer.” (BEVILÁQUA, 1956, p. 34).

Os direitos e os deveres do marido e da mulher eram tratados separadamente. Nesta esteira, Dias (2010) sustenta que o Código Civil de 1916 ratificava a superioridade masculina na sociedade, colocando a força física do homem como pretexto de sua autoridade, “outorgando-lhe o comando exclusivo da família” (DIAS, 2010, p.98), cabendo a ele administrar os bens comuns e particulares da mulher, decidir sobre o domicílio da família e o dever de prover o sustento de todos os seus membros (GONÇALVES, 2012).

Em detrimento à este poder, ao se casar, a mulher, que antes se submetia ao domínio do pai, tornava-se relativamente incapaz e era obrigada a adotar os sobrenome do marido, considerando que a família era identificada pelo nome dele (DIAS, 2010). Nesta relação de submissão, a mulher não tinha liberdade, ações como aceitar heranças, dar queixa crime e trabalhar em serviços externos, por exemplo, estavam condicionadas a autorização expressa do marido (MARQUES, 2004).

Com a redemocratização, em 1945, projetos de mudanças chegaram ao Congresso Nacional (BRASIL, 2014). Muitos Congressistas tomaram para si as demandas feministas, especialmente com relação à situação das mulheres no Código Civil de 1916.

A título de exemplo, cita-se o Senador Mozart Lago, o qual apresentou um projeto de Lei relativo à incapacidade jurídica das mulheres casadas, que entrou no Congresso Nacional em 1951, mas só foi aprovado 11 anos depois, em 1962, com sanção dada pelo Presidente João Goulart em 27 de agosto do mesmo ano, culminando a promulgação da Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada.

Sem dúvidas a chegada desta lei significou muito para independência da mulher, inclusive por possibilitá-la a trabalhar fora do lar, sem a necessidade de autorização do marido. Os bens da mulher, frutos do seu trabalho, passaram a ser chamados de “bens reservados”, não podendo ser alcançados pelas dívidas do marido (DIAS, 2010). Consequentemente, a independência financeira das mulheres acabou eliminando a característica patrimonialista da família e, por conseguinte, a função reprodutiva da mulher. Segundo Lôbo (2011):

[...] a função econômica perdeu o sentido, pois a família — para o que era necessário o maior número de membros, principalmente filhos — não é mais unidade produtiva nem seguro contra a velhice, cuja atribuição foi transferida para a previdência social. Contribuiu para a perda dessa função a progressiva emancipação econômica, social e jurídica feminina e a drástica redução do número médio de filhos das entidades familiares. (LÔBO, 2011, p.19)

Contudo, este pequeno espaço conquistado pelas mulheres ainda estava longe de ser o ideal para a preservação de seus direitos. Em 15 de janeiro de 1919, não obstante o valor que o Código Civil 1916 conferia à entidade familiar e ao matrimônio, a Lei 3.725 constituiu a possibilidade do desquite como forma de extinção da sociedade conjugal. Contudo, este recurso não promovia o rompimento imediato do vínculo entre os cônjuges (GONÇALVES, 2012).

O desquite poderia ser amigável, isto é, pela vontade de ambos os cônjuges, se casados por mais de dois anos; ou litigioso, através de ação que poderia ser interposta por qualquer um dos cônjuges, desde que um deles tenha incorrido em alguma das hipóteses previstas em lei: adultério, tentativa de morte, ato desumano, injúria grave ou abandono voluntário do lar conjugal por mais dois anos consecutivos. Vale a pena destacar que, de acordo com esta Lei, a mulher apenas teria direito à pensão alimentícia, mais uma quota adicional para a criação dos filhos, se fosse inocente e pobre (GUIMARÃES, 2012).

No entanto, uma vez que desquite não desvinculava os cônjuges, a Lei impedia que as pessoas desquitadas pudessem se casar novamente e "caíam no limbo da ilegitimidade de suas novas uniões familiares, repercutidas no número gigantesco de concubinatos" (LÔBO, 2011, p.151) e por isso, especialmente as mulheres, sofriam muito com o preconceito de uma sociedade ainda bastante conservadora.

Mais tarde, apesar de muita resistência e a contra gosto dos religiosos católicos, houve a regularização da dissolução da sociedade conjugal através do divórcio, a possibilidade advinda a partir da publicação da Lei 6.515/77 (SOALHEIRO, 2015) que revogou os arts. 315 a 324 do Código Civil de 1916. A aprovação da Lei provocou a abolição do caráter sacramental do casamento uma vez que modificou as relações conjugais da época, tornando-se um grande marco para emancipação da mulher.

Contudo, de acordo com tal Lei, para se conseguir o divórcio, os cônjuges deveriam cumprir uma série de requisitos: comprovação da culpa pelo término, que ocasionava a perda de direitos de quem provocou a separação; a comprovação de prévia separação de fato por mais de cinco anos consecutivos e a impossibilidade de reconciliação; ou separação judicial, também chamado de desquite (SOALHEIRO, 2015).

Em que pese as críticas aos requisitos impostos pela Lei de Divórcio (Lei nº 6.515/77), ela foi considerada como marco importante para as transformações seguintes, as quais ganham mais força a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme será demonstrado a seguir.

2.2 A mulher no cenário social a partir da Constituição de 1988

Como pode-se verificar dos relatos acima, historicamente, a mulher ocupou um papel secundário na sociedade e na entidade familiar. Ocorre que, diante de uma coletividade cada vez mais complexa e multifacetada, o nosso ordenamento jurídico se viu obrigado a se adequar às constantes mudanças mundiais.

Segundo Bettioli (2015), na formação do conteúdo das normas jurídicas concorrem todo um conjunto de fatores sociais e de valores que, de um modo ou de outro, provocam a elaboração e determinam a criação do direito, condicionando a decisão do Poder no ato de edição da norma jurídica, fora o que acontecera com o Brasil a partir da publicação da Constituição Federal de 1988.

Em resposta às novas concepções da sociedade, viu-se a necessidade de se criar uma nova Constituição, cujas mudanças já podem ser verificadas antes mesmo de sua promulgação. Neste contexto, a participação social foi fundamental, no que se refere às demandas de família, em especial às causas que envolviam os direitos das mulheres.

De fato, a Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou e promulgou a Constituição Federal de 1988, recebeu milhares de sugestões e a maioria delas voltadas para os aspectos pessoais. De acordo com Lôbo:

Das 5.517 sugestões recebidas, destacam-se os temas relativos a: fortalecimento da família como união de afetos, igualdade entre homem e mulher, guarda de filhos, proteção da privacidade da família, proteção estatal das famílias carentes, aborto, controle de natalidade, paternidade responsável, liberdade quanto ao controle de natalidade, integridade física e moral dos membros da família, vida comunitária, regime legal das uniões estáveis, igualdade dos filhos de qualquer origem, responsabilidade social e moral pelos menores abandonados, facilidade legal para adoção. (LOBO, 2011, p.19)

Enquanto o Código Civil de 1916 regulava a família do início do século passado, constituída unicamente pelo matrimônio, a “Constituição Cidadã” reconheceu os direitos das mulheres brasileiras, garantindo à elas condição de equidade de gênero, estabelecendo o tratamento igualitário da mulher na sociedade e no núcleo familiar, bem como a proteção dos direitos humanos das mulheres.

A Constituição de 1988 também trouxe uma visão abrangente de família em atendimento às mudanças trazidas pela própria sociedade, que se mostrava cada vez mais heterogênea, globalizada e tecnológica, de forma a proteger todo e qualquer modelo de família, dando fim ao padrão familiar patriarcal.

Em relação ao divórcio, a separação judicial deixou de ser tratada como requisito para o divórcio, e adquiriu duas finalidades: a primeira se referia a possibilidade de ser convertida em divórcio, após um ano da decisão da separação judicial (ou da separação de corpos), por decisão dos cônjuges; enquanto a segunda consistia na possibilidade de reconciliação dos separados, antes do divórcio por conversão. Contudo, o divórcio direto estava condicionado a comprovação da separação de fato por dois anos (LÔBO, 2017).

É importante salientar que as conquistas das mulheres trazidas pelas mudanças jurídicas contribuíram de forma bastante significativa para a evolução do direito das famílias.

Segundo Dias (2010), a ascensão da mulher como sujeito de direito, provocou declínio da sociedade conjugal patriarcal. E ainda afirma que:

[...]hoje a mulher, na plenitude de sua condição feminina é parte fundante da estrutura social e passou a exercer funções relevantes para sua emancipação pessoal e profissional, para a sociedade e para a família. A família de hoje não se condiciona aos paradigmas originários: casamento, sexo e procriação. (DIAS, 2010, p. 98).

Porém, pondera que “[...] ainda é preciso percorrer um longo caminho para que a família se transforme em espaço de igualdade” (DIAS, 2010, p. 98).

A seguir, serão demonstradas as implicações destas mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988 para o atual no Código Civil Brasileiro.

2.3 Mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002

A obrigatoriedade de criar um Código Civil que cuidasse da “a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros” (BRASIL, 1824) existia desde a Constituição de 1984.

Como foi demonstrado anteriormente, o Código Civil de 1916 infelizmente não conseguiu atender as expectativas da Constituição Monárquica, uma vez que o mesmo trazia consigo a ideologia da sociedade da época, “que se preocupava muito mais com o ter do que com o ser” (GAGLIANO; FILHO, 2012, p.75).

Ademais, é sabido que o Código Civil de 1916 tentou adequar as constantes mudanças que ocorriam na sociedade da época, contudo, por mais que os legisladores se “esforçassem”, essas adaptações não eram suficientes. Viu-se então a necessidade da criação de um novo código (GAGLIANO; FILHO, 2012).

Nessa toada, em 1960, o Ministro da Justiça Luís Antônio da Gama convidou Miguel Reale para elaborar o projeto do novo Código Civil, que só veio a assumir o seu posto como coordenador em 23 de maio 1969, quando foi nomeada a Comissão Revisora e Elaboradora do Código, predominantemente masculina (MADALENO, 2013).

A priori, o objetivo da comissão era manter a estrutura do antigo código ao máximo, mas logo esta hipótese foi descartada, pois se relevou inviável diante dos novos princípios que surgiam e que deveriam ser tomados como direção para a elaboração do novo Código Civil (TARTUCE, 2014). De acordo com Miguel Reale foram estabelecidas as seguintes diretrizes, entre elas:

- A) Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu;
- B) Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código de Beviláqua, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito;
- C) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como tecida, de sócia/idade e de operai/idade; (REALE, 2002 p.39).

O mencionado autor acreditava que se todo e qualquer assunto fosse tratado no código, as normas se tornariam engessadas, mas defendia que se fossem criadas à luz dessas premissas, a Lei se manteria perene, sempre atualizada, e assim se adaptaria a qualquer tipo de sociedade que viesse a surgir.

O trabalho da Comissão deu origem ao projeto de Lei 643/1975. Contudo, somente em 2001, após 26 anos de elaboração, de muitas reformas e atualizações, a redação final do projeto de Lei foi aprovado, dando origem a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Código Civil de 2012 trouxe inovações em alguns aspectos, como nos direitos da personalidade, a unificação das regras sobre obrigações mercantis e civis, incluiu um livro complementar que trata “Das Disposições Finais e Transitórias”, e incorporou normas da Constituição Federal de 1988, principalmente relacionadas ao Direito de Família.

O novo Código Civil também excluiu e expressões e conceitos que não se amoldavam à nova estrutura jurídica e social. Os dispositivos que tratavam de maneira desigual o homem e a mulher foram retirados e o código ainda agregou em seu texto orientações pacificadas pela jurisprudência como, por exemplo, a inexigibilidade de que a mulher adote o sobrenome do marido (DIAS, 2010).

Percebe-se que, historicamente, os direitos das mulheres acompanharam a evolução dos direitos das famílias, e dessa vez não foi diferente. Mais uma vez, a legislação se preocupou em inserir a mulher como parte da família e não apenas como “colaboradora”, colocando-a na sociedade em posição de equidade em relação homem, especialmente na entidade familiar, conforme assevera Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012).

Ainda assim, em relação aos direitos das famílias e das mulheres, faz-se mister salientar que o Código Civil de 2002 ainda os abordou de forma bastante tímida, levando-se em consideração que a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova perspectiva para o direito de família, pautado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar (MADALENO, 2013).

Inclusive em relação à situação do divórcio, conforme Madaleno (2013) assevera, apesar de ter sido admitido, ainda estava condicionado à várias restrições. Tal afirmação se justifica devido ao longo processo percorrido pelo projeto de Lei 643/1975, motivo pelo qual o Código Civil de 2002 foi duramente criticado, pois já se apresentava defasado desde o momento de sua publicação.

Em relação aos direitos das mulheres, o Código Civil de 2002, deixou a desejar pois, apesar de estabelecer a igualdade, esta igualdade não existe efetivamente, pois o diploma “não marcou a diferença”, já que que a mulher ainda não ocupa o mercado de trabalho mais qualificado, existe uma grande defasagem salarial em relação aos salários que os homens recebem para desempenharem as mesmas funções e que ainda precisam encarar uma dupla jornada, conciliando o serviço externo com os serviços domésticos (DIAS, 2010). Em outro ponto, a autora ainda sustenta que:

Tais falhas revelam que a lei reflete a profunda insensibilidade social e a tendência generalizada de fingir que não existe o que desagrada aos homens. São eles que fazem as leis, que detêm o monopólio do exercício do poder. É fácil fazer de conta que o normal é o majoritário, e por isso, deve ser aceito. Essa é uma força cruel de excluir o que não se quer ver. Relegar à invisibilidade não faz nada desaparecer e, o simples fato de existir, merece a proteção do Estado. O Código Civil esqueceu de ver muitas coisas que não são novas. Essas omissões e equívocos do legislador fazem com que a sociedade continue a depender da sensibilidade dos juízes (DIAS, 2010, p.105).

Nestas breves considerações, verifica-se que a condição de igualdade atribuída a mulher, tanto na sociedade, quanto na esfera familiar, não é ainda exercida de forma plena.

3. PLANEJAMENTO FAMILIAR: o direito à saúde sexual e reprodutiva da mulher

O planejamento familiar é um direito constitucional, previsto no §7º do art. 266 da CF/88, bem como no §2º do art. 1.565 do Código Civil, que permite a cada casal poderá decidir livremente sobre a formação de sua família. Portanto, está intimamente ligado à saúde sexual e reprodutiva das pessoas (MADALENO, 2015).

A saúde sexual e a reprodutiva, isto é, os direitos sexuais e reprodutivos, costumam ser tratadas em conjunto nas leis e políticas, mas, não devem ser confundidos, pois, esta abordagem “restringe fortemente a formulação dos direitos sexuais no âmbito das ações de saúde reprodutiva e de prevenção” (VENTURA, 2009, p.21), refletindo certas moralidades da sociedade conservadora, patriarcal e sacramental de séculos passados que ainda respingam nas leis, políticas, e no cotidiano das vítimas de preconceitos e discriminações por suas práticas, condições e identidades sexuais.

Para Junior; Ferron (2012, p. 590) “a saúde sexual é um direito fundamental para emancipação das pessoas e relaciona-se com a satisfação de necessidades humanas básicas, como desejo de contato, prazer, intimidade, carinho e amor”. E ainda acrescentam:

O principal objetivo da promoção à saúde sexual é permitir às pessoas exercerem sua sexualidade com maior autonomia, liberdade, tranquilidade e capacidade de responder às adversidades, respeitando os direitos sexuais e seus próprios valores [...] promover a saúde sexual também envolve discutir sobre mitos e tabus, orientar a prevenção de infecções sexualmente transmissíveis e a gravidez indesejada, reconhecendo as influências culturais sobre esse tema (LOPES JUNIOR, FERRON, 2012, p.593)

Quanto aos direitos reprodutivos, estes são constituídos “por princípios e normas de direitos humanos que assegura o exercício individual, livre e responsável da sexualidade e reprodução humana” (VENTURA, 2009 p. 19) e por isso configura-se como direito subjetivo.

Os direitos reprodutivos estão previstos nas leis internacionais e nacionais, como nas Declarações da Cairo-94, Beijing- 95, na Lei de Planejamento Familiar, nº 9.263/96, tal como em políticas públicas de saúde, educação, segurança, trabalho e outras, todas voltadas à garantir à cada indivíduo a sua autonomia reprodutiva, tanto quanto os meios necessários para exercê-la de forma plena, sem o risco de sofrer qualquer tipo de discriminação, repressão, violência ou restrição, abrangendo, assim, uma série de direitos, em destaque: o direito à vida e à sobrevivência, à liberdade, à segurança e ao planejamento familiar (VENTURA, 2009).

Sendo assim, o entendimento sobre direitos reprodutivos não se atém apenas à proteção da procriação humana, mas sim na busca pela efetivação dos direitos individuais e sociais, como instrumento de equidade nas relações pessoais e sociais, isto é, igualdade material, em qualquer instância, inclusive no seio familiar (VENTURA, 2009).

Partindo dessa ideia, não se pode olvidar, outrossim, que existem objeções no desenvolvimento e concretização dos direitos reprodutivos a serem superadas no âmbito político e legislativo, como o tratamento dado à questão da descriminalização do aborto e também à esterilização voluntária, que apenas pode ser realizada mediante o cumprimento de uma série de requisitos, conforme será demonstrado mais adiante, mitigando todos os direitos fundamentais assegurados nas legislações que tratam dos direitos reprodutivos ou a liberdade de uma pessoa (VENTURA, 2009).

Tais questões que deviam ser tratadas com mais importância, uma vez que é a mulher quem mais depende da efetivação dos direitos reprodutivos e da sua autonomia, pois é ela quem acaba sofrendo com todo o ônus causado pela indiferença dos legisladores e pelo excesso de poder do Estado sobre a sua

liberdade reprodutiva, conforme será demonstrado mais adiante (MURARO; MOTTA, 1996).

Em seguida, serão demonstradas de forma mais detalhada as fontes do direito ao planejamento familiar.

4.A ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

A primeira esterilização cirúrgica realizada, uma laqueadura tubária, aconteceu em 1980, na cidade de Toledo, em Ohio, nos Estados Unidos da América realizada por Samuel Smith Lungren, durante um parto cesárea. (PETERSON, 2008). Vale a pena salientar que a sua utilização era bastante limitada até a década de 1960, por se tratar de objeto de muitas críticas, ganhando popularidade apenas a partir de 1970, quando começou a se espalhar pela Europa, Estados Unidos, Ásia e América Latina (FORREST, 1993).

É curial, ainda, salientar que no Brasil, durante muitos anos tal prática foi considerada ilegal, conforme dispunha Código Penal de 1940, art. 29, parágrafo 2º, III e o segundo código de Ética Médica e, por conta disso, era realizada de forma clandestina, salvo em algumas situações específicas de risco de vida, até o advento da Constituição Federal de 1988 (BERQUÓ; CAVENAGHI, 2003).

Assim, o número de registros de laqueaduras e vasectomias realizadas aumentou expressivamente, saltando de 293 em 1998, para 15.370 em 2001 e posteriormente, para 38.276, em 2004. (COSTA, 2006).

Porém, apesar da elevação dos níveis de esterilizações, existe uma grande parcela de pessoas que ainda precisam aguardar por um longo período apesar da elevação dos níveis de realização de esterilizações (YAMAMOTO, 2011). Conforme estudo realizado por Ossis na região de Campinas no Estado de São Paulo, as pessoas precisam aguardar um tempo médio de espera de 18 a 24 meses para laqueadura e de 6 a 8 meses, para vasectomia (OSSIS, 2009).

Insta evidenciar a diferença temporal para se conseguir a vasectomia e a laqueadura, no mínimo 12 meses a mais de espera para as mulheres. A seguir será demonstrado com mais detalhes do que se trata tal procedimento.

4.1 Laqueadura tubária

A laqueadura tubária é um método cirúrgico de esterilização voluntária. Consiste em um procedimento de oclusão das trompas, interrompendo, assim, a sua permeabilidade que, por consequência, provoca a disfunção do órgão reprodutivo. Em outras palavras, “obstrução mecânica das trompas impede que os espermatozoides migrem ao encontro do óvulo, impedindo a fertilização” (BRASIL, 2013, p.253).

Dentre todos os contraceptivos, a laqueadura figura como método mais eficaz, por se tratar de um processo de esterilização definitivo. Segundo Varella (2011) “raríssimos são os casos em que ocorre a recanalização das trompas, com subsequente gravidez”.

De acordo os dados levantados pelo Ministério da Saúde, “no primeiro ano após o procedimento, a taxa de gravidez é de 0,5 para 100 mulheres. Dez anos após o procedimento, a taxa é de 1,8 para 100 mulheres” (BRASIL, 2013, p. 235).

Outro estudo realizado em 2006 pelo Ministério da Saúde, através da Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher, demonstrou que 29% (vinte e nove por cento) das mulheres brasileiras se submeteram ao procedimento de laqueadura, ocupando o primeiro lugar dentre os métodos contraceptivos mais utilizados (BRASIL, 2006).

Apesar disso e de todas as evoluções alcançadas através das legislações, a laqueadura tubária se demonstra como um tema polêmico desde a sua primeira intervenção, por envolver aspectos políticos, éticos, religiosos, demográficos e sociais (CUNHA, 2007).

É de conhecimento comum que a mulher é o único ser capaz de dar à luz, portanto, existe um expectativa social de que todas elas queiram ter filhos ou muitos deles, conforme sustenta MURARO e MOTTA (1996, p. 19): “a mulher procria demais porque, caso contrário, não poderá sobreviver individualmente em uma estrutura arcaica em que é necessário ter muitos filhos” vivendo uma liberdade de escolha mascarada.

Percebe-se as influências dessa sociedade arcaica citada pelas autoras na Lei 9.263/96, que apesar de garantir o livre acesso às aos métodos de esterilização voluntária, determina uma série de requisitos para a realização dos procedimentos, conforme será demonstrado adiante.

4.2 Requisitos para a realização do procedimento da Laqueadura Tubária conforme Lei nº 9.263/96

Conforme exposto anteriormente, historicamente a mulher ocupou um papel subsidiário na sociedade e na família. Os seus direitos foram conquistados após anos de luta. No que diz respeito aos seus direitos reprodutivos, esses só vieram a ser efetivados e

reconhecidos como direito social na Constituição Federal de 1988, em resposta às reivindicações conduzidas por diversos movimentos, principalmente feministas.

Em seguida, a Lei Federal nº 9.263/96 representou mais uma das conquistas quando passou a regulamentar o planejamento familiar, e ainda incluiu esterilização cirúrgica como método contraceptivo. De acordo com o seu art. 1º o “planejamento familiar é direito de todo cidadão” (BRASIL, 1996). Percebe-se que o artigo não faz qualquer restrição de gênero, e ainda garante a liberdade de decidirem sobre a formação de suas famílias, sem qualquer risco de sofrerem algum tipo de discriminação, repressão, violência ou restrição (VENTURA, 2009).

Logo seguida, o art. 2º, define o planejamento familiar como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (BRASIL, 1996).

Vale a pena destacar que a lei faz questão de discriminar o direito individual do homem e da mulher ao acesso ao planejamento familiar e às técnicas de concepção ou contra contracepção, e não apenas ao casal, o que reflete também nos novos modelos de famílias reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

A fim de promover a liberdade de escolha das pessoas, o direito ao acesso à todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção também pode ser verificado em seu Art. 9º, desde que sejam cientificamente aceitos e que não tragam risco a vida e a saúde das pessoas (BRASIL, 1996).

Porém, Infelizmente, apesar de conferir o direito e a responsabilidade sobre o número e a conveniência de ter filhos aos cidadãos e cidadãs, o legislador constituiu alguns critérios para o acesso à esterilização voluntária, em seu artigo 10º, quais sejam, capacidade civil plena e pelo menos dois filhos vivos, ou ser pessoa maior de 25 anos de idade, ou; Laudo médico que comprove risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito. Além disso, a realização do procedimento deverá respeitar os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade de saúde ou sucessivas cesarianas; a realização do procedimento deverá respeitar o prazo mínimo de 60 dias a partir da manifestação da vontade - período em que haverá uma intervenção educativa por meio de equipe multidisciplinar, com o intuito desestimular a esterilização precoce e informar a respeito dos riscos da cirurgia, dos possíveis efeitos colaterais, dificuldades de reversão e das opções de contracepção reversíveis existentes; Consentimento expresso da pessoa, com anuênciia do cônjuge, no caso das casadas. (BRASIL, 1996).

A seguir, será demonstrado como essas restrições implicam no mundo jurídico.

5. CRÍTICAS À INTERVENÇÃO DO ESTADO NO PLANEJAMENTO FAMILIAR: Restrições estabelecidas pela Lei nº 9.263/96 para a realização da laqueadura tubária

Conforme elucidado anteriormente, o planejamento familiar confere às pessoas o direto de escolha no que se refere a formação de sua família, garantindo o acesso à informações, bem como aos métodos conceptivos e contraceptivos, para exerce-lo de forma plena, sem o risco de qualquer coerção ou restrição.

Segundo o inciso I do Art. 10, em sua primeira parte, da Lei 9.263/96, estariam aptas à realizar o procedimento de laqueadura as mulheres maiores de 25 (vinte e cinco) anos ou que tivessem pelo menos 2 (dois) filhos vivos.

Em 2008, tramitou no congresso federal o Projeto de Lei. 3.326, elaborado pelo Deputado Neucimar Fraga - PR/ES, cuja a proposta era a alteração do inciso I do art. 10 da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, visando a redução do limite mínimo de idade para autorização de esterilização voluntária de homens e mulheres para 18 (dezoito) anos e o número de filhos vivos para apenas 1 (um), ampliando o acesso ao planejamento familiar e à esterilização responsável.

Segundo o autor do Projeto de Lei, considerando que a nossa ordem jurídica é de inclusão e que o planejamento familiar no Brasil sempre esteve carregado de preconceitos e ideologia, este não deve estar condicionado a meros critérios cronológicos e temporais. Porém, o projeto foi arquivado em 03 de setembro de 2009, por rejeição na Comissão de Mérito (BRASIL, 2008).

Isso significa que mulheres menores de 25 (vinte e cinco) anos, ou aquelas que, apesar de serem maiores de 25 (vinte e cinco) anos, não tiverem filhos ou tiverem apenas 1, solteiras ou não, de acordo com a Lei, não terão acesso ao procedimento.

Como será demonstrado mais adiante, ao final, a decisão para a realização da laqueadura está nas mãos da equipe multidisciplinar, que trabalhará para desestimular a esterilização que considerariam precoce.

Sergio Toshio Yamamoto, em sua dissertação de mestrado sobre a esterilização cirúrgica feminina no Brasil e as controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9263, entrevistou alguns profissionais da rede pública de saúde de São Paulo e em uma das perguntas, questionou quais critérios estabelecidos pela Lei eles consideravam imprescindíveis para a liberação do procedimento da laqueadura. Alguns profissionais de saúde se posicionaram sobre esses critérios e dentre vários posicionamentos, foram selecionados aqueles que mais agregariam a este trabalho.

O primeiro comentário é do Médico identificado como Eros, de 56 anos. Segundo ele 25 (vinte e cinco) anos é muito cedo para a esterilização e que considera como faixa etária ideal entre 28 (vinte e oito) a 30 (trinta e cinco anos), e também acha necessário que a pessoa tenha mais de três filhos. Contudo acredita que estes critérios são sobrepostos pela necessidade patológica (YAMAMOTO, 2011, p.84).

O segundo comentário, e talvez o mais intrigante, foi o do médico identificado como Ares, de 46 anos. Este profissional considera imprescindível a existência de uma união conjugal: “Eu acho que você pode me chamar de discriminatório, mas eu não gostaria de oferecer... Oferecer laqueadura numa mulher que seja solteira né. Pra mim, no meu caso, do meu ponto de vista é importante” (YAMAMOTO, 2011, p.86).

Percebe-se nesses comentários que em nenhum momento é levado em consideração a vontade da mulher e quão importante é a realização da cirurgia para a felicidade dela.

Na segunda parte do inciso I do art.10, a lei 9.263/96 determina mais duas condições: o respeito ao prazo mínimo de 60 (sessenta dias) compreendidos entre a data da solicitação e a data da realização da cirurgia, período em que, aí vem a

segunda terminação, o homem, a mulher ou o casal são obrigados a participar de consultas promovidas por equipes multidisciplinares, que visam o desencorajamento da esterilização precoce.

Geralmente as equipes multidisciplinares são formadas por um médico cirurgião e coordenador da equipe de saúde da mulher, uma enfermeira, um psicólogo e uma assistente social (MARCOLINO, 2004).

Basicamente a atuação dessas equipes multidisciplinares se resumem em ações educativas. As pessoas que procuram pelo planejamento familiar nas unidades de saúde recebem orientações sobre todos os métodos anticoncepcionais disponíveis, participam de palestras, até que a paciente faz a sua primeira opção. Segundo depoimento prestado pela médica identificada como Demeter, de 55 anos, optando pela esterilização, [...] a mulher é “novamente reorientada, explicando que é um método definitivo, que não tem volta, e se a paciente persiste após o prazo de sessenta dias ela continua ciente do que quer fazer, a gente encaminha pra laqueadura ou vasectomia” (YAMAMOTO, 2011, p. 65-66).

Por sua vez, a psicóloga Eufrosina, de 54 anos, comenta em sua entrevista:

De fato, a atuação da equipe multidisciplinar é de suma importância, tendo em vista que médicos e as enfermeiras trabalham com aspectos biológicos e, portanto, dificilmente conseguem enxergar os aspectos sociais que também precisam ser observados para a liberação do procedimento, diferente do trabalho realizado pelos assistentes sociais e os psicólogos, os quais procuram abordar a mulher em seu contexto de vida e trabalho (MARCOLINO, 2004).

Entretanto, apesar deste trabalho ser realizado por uma equipe, a decisão sobre a realização ou não do procedimento não é tomada desta forma. Uma vez que o médico ocupa um espaço de poder, a equipe passa a possuir uma estrutura hierarquizado, sendo assim, vários aspectos trazidos pelos outros profissionais não são valorizados pelos médicos e que, muitas das vezes, embora tenham conhecimento sobre eles, consideram mas não fazem o valer no momento da decisão (MARCOLINO, 2004); conforme ressalta Sergio Toshio Yamamoto:

Na medida em que não se trata de um processo que articula necessariamente decisão e execução, daí ocorrer muitas vezes a não realização do procedimento, uma vez que, em última instância a decisão é de domínio do médico executante que não partilha da mesma visão e decisão da equipe multidisciplinar ou da própria mulher, homem ou casal. Tal fato se deve, sobretudo, ao forte componente moral de que também se reveste a prática da esterilização cirúrgica em nível dos serviço (YAMAMOTO, 2011, p.71)

Aliás, necessário pontuar, que o que parece “precoce” para o Estado e para os profissionais, pode ser urgente para a felicidade e bem estar de quem espera ter acesso ao procedimento de laqueadura.

Já o inciso II do mesmo artigo (art. 10, traz a segunda hipótese em que a esterilização poderá ser realizada, qual seja, em situações em que há risco para a vida ou a saúde da mulher ou do feto. O risco ainda deve estar comprovado em laudo médico.

Mais uma vez a lei coloca a autonomia da mulher nas mãos do médico, contudo novamente a Lei exclui as mulheres que, por ventura, optem por não terem filhos, e esta opção também deve ser respeitada, conforme preconiza o próprio conceito do planejamento familiar, tão reforçado neste trabalho.

No que se refere ao a proibição de se realizar o procedimento durante os períodos de parto ou aborto, segundo entendimento do legislador, essa restrição se faz necessária para a inibir a realização de partos cesáreos sem indicação clínica, considerando o índice elevado de cesáreas realizadas para a realização do procedimento de laqueadura (BRASIL, 2013). Segundo Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher realizada em 2006, 59% das mulheres laqueadas fizeram o procedimento durante o parto cesariano (BRASIL, 2013).

Isso porque, segundo Dra. Tânia di Giacomo do Lago, que é médica sanitarista, Professora da Faculdade de Medicina da Santa Casa de São Paulo e ex-coordenadora da Área Técnica de Saúde da Mulher no Ministério da Saúde, entrevistada pelo Dr. Drauzio Varella, em 2011, até a metade da década de 90 a esterilização voluntária era considerado crime de lesão corporal, sendo assim

a laqueadura passou a ser feita “escondida” numa cesariana. A mulher que optava por esse método de controle da natalidade era internada para dar à luz e durante a cesariana fazia a laqueadura que não constava dos documentos de internação. Esse foi o jeitinho brasileiro de resolver o problema para quem podia pagar pelo procedimento (VARELLA ,2011).

Outra justificativa seria o risco de arrependimento das mulheres que se submetessem à laqueadura durante esses períodos, uma vez que esses momentos são marcados por fragilidade emocional (ROSAS, 2005). Entretanto, tal fundamento não merece prosperar por se mostrar bastante relativa, já que nem todas as mulheres que se encontram nesse tipo de situação estão tomadas por tão forte emoção, ao ponto de comprometer a sua sanidade (SILVA e SILVA, 2014).

Não obstante, considerando que ambos os procedimentos são extremamente invasivos, seria mais seguro se a mulher se submetesse à cirurgia apenas uma vez, contudo, de acordo com referida Lei, a mulher está obrigada a se sujeitar a um segundo procedimento, pelo menos, 42 dias após o parto.

Por fim, segundo o §5º do art. 10, a esterilização voluntária está condicionada a autorização do cônjuge. De acordo com Ventura:

A imposição legal fere a autodeterminação da pessoa casada em relação ao seu próprio corpo, e, em especial, cria maiores obstáculos para as mulheres, considerando as desigualdades nas relações de gênero, e os riscos de falhas do método reversível, que pode resultar em gravidez indesejada, em um contexto legal que o aborto voluntário é proibido". (VENTURA, 2009, p.94).

Diante disso e ainda considerando todo exposto na parte histórica desse trabalho, de todos os requisitos impostos pela Lei 9.263/96, este requisito se mostra, talvez, como o que mais se remete à família patriarcal, hierarquizada, matrimonializada, patrimonializada e heterossexual defendida pelo Código Civil de 1916, época em que as mulheres viviam sob a autoridade dos seus maridos, fadadas à procriar e a cumprir tarefas domésticas, dependendo, ainda, da autorização deles inclusive para trabalhar fora de casa (DIAS, 2010).

Cabe insistir, desta forma, que esse, assim como os outros requisitos, são incabíveis e contrariam todos os princípios acima citados, assim como os princípios da Autonomia Privada, e aqueles que decorrem dele, como o princípio da liberdade, e Princípio da intervenção mínima do Estado nas relações familiares; bem como o direito à livre disposição do corpo, conforme será demonstrado a seguir.

6. CONCLUSÃO

Este trabalho dedicou-se a analisar as restrições impostas pelo Estado, através da Lei 9.263/96, ao acesso ao procedimento de laqueadura realizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS), diante dos Princípios da Autonomia Privada e o Direito à disposição do corpo da mulher, partindo-se da análise de leis e doutrinas.

Os aspectos abordados pela pesquisa demonstram que de fato as imposições trazidas pela Lei 9.263/96 ferem, não somente o direito da mulher à autonomia privada e o direito à disposição do seu próprio corpo, mas também o seu direito à liberdade, à dignidade da pessoa humana e igualdade.

Viu-se também que por conta dessas restrições, mesmo cumprindo requisitos, algumas mulheres precisam recorrer à justiça para ter acesso à um procedimento que lhe é de direito, não só pela Lei do Planejamento Familiar, mas também mediante a análise de tais imposições frente aos princípios da Autonomia Privada, Liberdade, da Não intervenção do Estado nas relações familiares, bem como o direito de disposição do corpo, que aqui foi encarado como um direito fundamental.

Constatou-se, ainda, que a manutenção dessas exigências reflete resquícios de uma estrutura social historicamente patriarcal, na qual a mulher teve sua capacidade decisória reiteradamente limitada, inclusive no âmbito familiar. Esse cenário evidencia um paradoxo entre o reconhecimento formal dos direitos reprodutivos e sua efetiva concretização no ordenamento jurídico brasileiro.

Conclui-se, portanto, que as restrições previstas na Lei nº 9.263/96, conforme analisadas, representam obstáculo à efetivação da autonomia privada da mulher e demonstram a necessidade de contínua reflexão crítica acerca da intervenção estatal nas decisões relativas ao próprio corpo e ao planejamento familiar.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BERQUÓ, Elza Salvatori; CAVENAGHI, Suzana. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, supl. 2, p. 441-453, 2003.

BETIOLI, Antonio Bento. *Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 15 jan. 1996.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Pesquisa Nacional de Demografia e Saúde da Criança e da Mulher – PNDS 2006*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde sexual e saúde reprodutiva*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013.

COSTA, Ana Maria; GUILHEM, Dirce; SILVER, Lynn Dee. Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão. *Revista Brasileira de Saúde Materno Infantil*, Recife, v. 6, n. 1, p. 75-84, 2006.

CUNHA, A. C. R. et al. Fatores associados ao futuro reprodutivo de mulheres desejosas de gestação após ligadura tubária. *Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia*, v. 29, n. 5, p. 230-234, 2007.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato. 2004. Disponível em: <http://www.tex.pro.br>. Acesso em: 08 jan. 2021.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Solange Alves. A mulher e o fim do casamento entre 1924 e 1950. 2012. Disponível em: <http://www.uesb.br>. Acesso em: 08 jan. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JUNIOR, Ademir; FERRON, Mariana Maleronka. Sexualidade e promoção da saúde sexual. In: GUSSO, Gustavo; LOPES, José Mauro Ceratti (org.). *Tratado de medicina de família e comunidade*. Porto Alegre: Artmed, 2012.



MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARCOLINO, Clarice. Planejamento familiar e laqueadura tubária: análise do trabalho de uma equipe de saúde. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 771-779, 2004.

MURARO, Rose Marie; MOTTA, Maria Amélia de Almeida. A mulher e o direito ao corpo. São Paulo: Vozes, 1996.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos no Brasil. Brasília: UNFPA, 2009.

VARELLA, Drauzio. Laqueadura e vasectomia. 2011. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br>. Acesso em: 08 jan. 2021.

YAMAMOTO, Sérgio Toshio. Esterilização cirúrgica feminina no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2011.

A NECESSIDADE DA LEGALIZAÇÃO DO CONTRATO DE ÚTERO POR SUBSTITUIÇÃO

Kele Adriana Martins de Miranda Machado¹
Luiza Soalheiro²

RESUMO: Esta pesquisa objetiva alavancar as reflexões acerca da necessidade da implantação de normas jurídicas que possam regulamentar a técnica de útero por substituição e, consequentemente, o contrato em relação à também denominada gestação de aluguel. A infertilidade humana é fator de descontentamento para diversos casais que anseiam obter filhos de sua própria descendência. Diante dessa impossibilidade, esses indivíduos, por vezes, entram em profunda crise de autoestima. Frustrados, partem em busca de soluções objetivas que possam sanar o problema familiar, colocando suas últimas esperanças nas diferentes técnicas de reprodução humana assistida como a técnica denominada de útero por substituição, também conhecida por maternidade de substituição, sub-rogação de útero, gestação substituta, barriga de aluguel ou mãe portadora. Observa-se, no entanto, que a técnica de útero por substituição não é regulamentada pela legislação brasileira; e os indivíduos, com o sonho parental impossibilitado de se concretizar, procuram, de forma clandestina, contratar mulheres férteis que estejam dispostas a desenvolver uma gravidez saudável e receber remuneração pelo aluguel do útero. Dessa forma, observa-se que o contrato de útero por substituição é uma possibilidade que necessita de respaldo legal na jurisdição brasileira vigente, para que mulheres, que sonham em gerar filhos, possam voltar a sonhar com o projeto familiar, embora gerados em outros úteros, sem agir de forma ilegal no território nacional, clandestinamente ou ir para outros países, nos quais a técnica não é condenada.

Palavras-chave: Infertilidade. Útero por substituição. Lei. Contrato de útero por substituição

¹ Advogada. E-mail kelemartins.adv@gmail.com
Mestra e Doutoranda em Direito Privado pela PUC/MG. Advogada.

² Professora universitária. E-mail: soalheiroluiza@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A infertilidade humana é fator de descontentamento para muitos casais que anseiam obter filhos de sua própria descendência. Impossibilitados de gerar filhos, esses casais entram, por vezes, em profunda crise de autoestima.

Perante a constatação da infertilidade e da frustração com relação à impossibilidade de concretizar o sonho parental, esses casais partem em busca de soluções, colocando suas últimas esperanças nas técnicas de reprodução humana assistida, bem como na prática denominada de útero por substituição, também conhecida por maternidade de substituição, sub-rogação de útero, gestação substituta ou barriga de aluguel.

Observa-se, no entanto, que essa técnica não é regulamentada pela atual legislação brasileira. Nesse sentido, esses indivíduos, procuram, de forma clandestina, contratar mulheres, que estejam dispostas a desenvolver uma gravidez de forma saudável e receber remuneração por esses serviços.

Nesse cenário, acredita-se que o contrato de útero por substituição é uma possibilidade que necessita de respaldo legal na jurisdição brasileira vigente, para que mulheres, que sonham em gerar filhos e são impossibilitadas por motivos de esterilidade ou por quaisquer outros fatores, possam voltar a sonhar com seu projeto familiar, sem agir de forma ilegal ou ir para outros países, nos quais a técnica não é condenada.

Assim, a justificativa do tema “a necessidade da legalização do útero por substituição” se dá por ser de grande relevância aos pesquisadores do Direito das Famílias, ao meio acadêmico e à toda a sociedade, visto que a infertilidade pode gerar danos psicológicos e físicos à população impossibilitada de constituir família com laços sanguíneos.

Nesse contexto, este trabalho objetiva alavancar reflexões acerca da necessidade da implantação de normas jurídicas que regulamentem a técnica de útero por substituição e, consequentemente, o contrato em relação à essa técnica; conforme já existe em outros países, a exemplo da Índia e da Alemanha.

Dessa forma, a fim de investigar o tema proposto o desenvolvimento desta pesquisa seguirá as etapas sequenciais descritas.

2. A POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ÚTERO DE SUBSTITUIÇÃO MEDIANTE REMUNERAÇÃO

A legislação brasileira não tem acompanhado o crescimento da população que é diagnosticada com problemas de infertilidade/esterilidade deixando parte da população desamparada no que tange à regulamentação específica para atingir as necessidades atuais sobre reprodução humana assistida. Observa-se que a sociedade carece de tais tratamentos. No entanto falta legislação específica uma vez que não há autorização para o contrato referente à substituição do útero, por exemplo.

Antes de se adentrar nesse conflito, é mister entender que a subrogação do útero não é necessariamente uma técnica de reprodução humana, pois esta transcorre quando os problemas de gestar se relacionam com a incapacidade uterina, tornando-se incapaz de gerar uma criança. Porém, com a técnica da fertilização in vitro, hoje é possível que a doadora do útero não tenha vínculo biológico com a criança, pois poderão ser utilizados os materiais genéticos dos pais biológicos.

Eduardo de Oliveira Leite esclarece que as mães de substituição sempre foram uma realidade na sociedade, sendo mencionada até mesmo na Bíblia. Veja se:

Apelar às mães de substituição em benefício de uma mulher ou de um casal sem filhos sempre foi e continua sendo uma realidade da nossa sociedade. A prática é ancestral. Esta forma de maternidade é mesmo mencionada na Bíblia. Ela é conhecida em outros grupos sociais, se atribuirmos valor aos dados da etnologia e da antropologia. (LEITE, 1995, p. 184).

No livro bíblico Gênesis, conta-se a história de Abraão e Sara. Deus havia dado a Abraão três importantes promessas, o que dependeria de que ele tivesse descendentes para que essas promessas se cumprissem. O casal já estava com a idade avançada, e Sara era incapaz de gerar um filho. Por isso, vivia em constante tristeza.

Então, Sarai teve a ideia de falar com seu marido que tivesse um filho com uma concubina. Esse filho seria filho biológico de Abraão a fim de que ele, Abraão, tivesse sua descendência, ou seja, eles iriam gerar o filho por meio de outra mulher para realizar a plenitude de ter descendentes. (BÍBLIA, 2009, p.19).

Ora Sarai, mulher de Abrão, não lhe gerava filhos, e ele tinha uma serva egípcia, cujo nome era Agar. E disse Sarai a Abraão: Eis que o SENHOR me tem impedido de gerar; entra, pois, à minha serva; porventura terei filhos dela. E ouviu Abrão a voz de Sarai. Assim tomou Sarai, mulher de Abrão, a Agar egípcia, sua seva, e deu-a por mulher de Abrão habitara na terra de Canaã. (BÍBLIA, 2009, p.19).

Observa-se assim que, desde a Antiguidade, a mulher, impedida por algum motivo de ser mãe, buscava de alguma forma efetivar o direito de planejamento da sua prole, o que hoje se encontra inserido no “planejamento familiar”.

No entanto, na contemporaneidade, graças aos avanços da Medicina, da Bioética e do Biodireito, há diversas formas de fazer valer esse direito. Um exemplo disso é a barriga solidária conforme se discorre a seguir.

2.1 A barriga solidária

A barriga solidária consiste na possibilidade de um casal retirar em um laboratório seus gametas (óvulos e espermatozoides) para serem fecundados no útero de uma mulher “solidária”, que tem um grau de parentesco com o casal impossibilitado de gerar um filho. Não existe lei sobre o tema. Há uma Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução nº 2.121/2015), que não é lei.

A mulher receptora dos gametas deverá, segundo essa Resolução, ser parente até o quarto grau do casal, ou seja, mãe, irmã, avó, tia ou prima. É possível observar que a “barriga solidária” apresenta significativas diferenças da “barriga de aluguel”, uma vez que, enquanto a “barriga solidária” não estabelece valor ou cobrança financeira para que uma mulher ceda seu útero com a finalidade de gerar um infante para a outra; na técnica da barriga de aluguel visa-se cobrar um valor para executar o mesmo ato - esse valor é estipulado em contrato.

Compreende-se, ainda, que por intermédio da maternidade substitutiva, popularmente denominada como barriga de aluguel, os gametas são inseridos no útero de outra mulher que não tem nenhum grau de parentesco com o casal contratante. Dessa forma, a mulher contratada recebe, mediante cláusulas contratuais preestabelecidas, pelo serviço prestado, ou seja, pelo desenvolvimento pleno da gestação, de forma que, ao final da gestação, a criança, filha biológica do casal contratante, é entregue aos pais conforme contrato estabelecido entre as partes.

No entanto, nota-se que o Código Civil de 2002 não tratou da filiação nos casos de útero por substituição, embora o Conselho Federal de Medicina já tenha disciplinado o assunto na Resolução 1.358/1992, ou seja, antes do advento do Código Civil de 2002, já existia conhecimento da prática sendo realizada no Brasil, até mesmo com fins lucrativos. (FERRAZ, 2016).

Assim, para efetivar o direito ao projeto familiar, uma das técnicas que pode ser utilizada é o uso do útero por substituição que no Brasil é permitido apenas de forma solidária conforme disciplina a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina disciplinava quanto ao útero de substituição solidário com algumas restrições, as quais a vigente Resolução 2.121/2015 reformou, ampliando a limitação do grau de parentesco de 2º para até 4º grau.

Antes, o útero solidário deveria pertencer apenas à família da doadora genética. Com a nova Resolução, o útero deve ter parentesco com um dos parceiros. Em caso de impossibilidade de parentesco em ambas as partes, elas ficam sujeitas à autorização, que será analisada, diante do caso concreto, pelo Conselho Regional de Medicina.

No caso da barriga solidária, determinou-se que pela resolução do CFM que as clínicas de reprodução humana assistida devem observar os prontuários dos pacientes e constar neles as seguintes documentações:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informado assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3. Termo de Compromisso entre os pacientes e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4. Garantia, por parte dos pacientes contratantes de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5. Garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável. (BRASIL, 2015, s.p).

Vale ressaltar que, quanto aos casais homoafetivos, a Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina e o Provimento 63/2017 da Corregedoria Nacional de Justiça determinam o assentamento do nascimento da criança, constando os nomes dos seus ascendentes sem qualquer distinção:

Observa-se que essas mudanças estão em consonância com os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, em relação à proteção da Constituição Federal, às relações homoafetivas, conforme já referido linhas atrás. Por outro lado, não é demais lembrar que não se trata de leis no sentido formal, persistindo a lacuna legislativa sobre a matéria. (FERRAZ, 2016, p. 138).

Assim, diante das necessidades da sociedade contemporânea, vão se formando entendimentos à luz dos princípios constitucionais, a fim de trazer regulamentação que possa tornar legal o contrato de útero por substituição (mediante remuneração) no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O contrato de útero por substituição

De acordo com Silva (2004), o termo contrato deriva do latim *contractus*, de *contrahere*, e possui o sentido de ajuste, convenção, pacto, transação:

Expressa, assim, a ideia do ajuste, da convenção, do pacto ou da transação firmada ou acordada entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer, ou seja, adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. O contrato, pois, ocorre quando as partes contratantes, reciprocamente, ou uma delas assume a obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa. Evidencia-se, por isso, que o contrato tem por efeito principal a criação de obrigações, que são assumidas pelas partes contratantes ou por uma delas. Em razão disso, fundamentalmente, o concurso de vontades das partes contratantes (consentimento) mostra-se elemento de valia para a sua feitura. Inicialmente, o contrato se manifesta na vontade de uma das partes contratantes que, mediante uma proposta, solicita a manifestação da vontade da outra parte, que a pode aceitar ou pode contrapropor (contraproposta). (SILVA, 2004, s.p).

O contrato é um documento que tem a função de proteger o direito, bem como de elucidar as obrigações de todas as partes contratantes envolvidas em um negócio jurídico. O contrato é, portanto, o resultado do ajuste, do acordo ou do pacto firmado entre as partes abarcadas.

Silva salienta que “possui o vocábulo, por vezes, o sentido de expressar o próprio instrumento em que se elabora o contrato, isto é, o documento escrito em que o contrato se formou e pelo qual se prova a sua existência” (SILVA, 2004).

O contrato, no ordenamento jurídico brasileiro, deve estar em harmonia com algumas diretrizes para ser reconhecido como documento resultante de um negócio jurídico válido. Nesse sentido, o Código Civil de 2002, no seu art. 104, institui que:

Art. 104 A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002.s.p).

Compreende-se assim que, no atual ordenamento jurídico brasileiro, todo e qualquer contrato deve ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Da mesma forma, deve haver legitimidade dos envolvidos, o que inclui plena capacidade civil. Por fim, o conteúdo deve ser prescrito ou não defeso em lei.

O denominado contrato oneroso de cessão temporária de útero ou maternidade por substituição pode ser uma forma de resolução para os diversos problemas relacionados à esterilidade ou infertilidade de casais heterossexuais, bem como uma alternativa viável para casais homoafetivos que desejam constituir família com descendentes genéticos de uma das partes.

O contrato de útero por substituição trata-se de um “processo mediante o qual uma mulher gesta embriões não relacionados geneticamente com ela, gerados através de técnicas de fecundação in vitro, com gametas de um casal que será os pais biológicos.” (FINI; DAMOTA, 2003, p. 147).

Compreende-se assim que o contrato de útero por substituição consiste em uma modalidade de contrato, atrelado a uma questão existencial e não patrimonial. Essa modalidade de contrato visa à utilização temporária do útero para casais ou parceiros impossibilitados de obter uma gestação.

Maria Berenice Dias (2011, p. 380) esclarece que “a possibilidade de utilização de útero alheio elimina a presunção *mater semper certa est*, que é determinada pela gravidez e pelo parto”. A autora acrescenta que:

Em consequência, também cai por terra a presunção *pater est*, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é a mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada como “mãe civil”. À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a geratriz é sempre certa. (DIAS, 2011, p. 380).

Compreende-se, portanto, que, de acordo como o Contrato de Útero por Substituição, a mulher que, após a gestação, dá à luz a criança, não é a mãe biológica, tampouco a esposa do pai biológico, visto que esta não tem grau nenhum de parentesco com nenhuma das partes contratantes. Ela foi temporariamente e antecipadamente contratada para viabilizar o útero, mediante negócio jurídico de caráter existencial, para implantação do material genético e consequentemente para a gestação do embrião.

Nesse sentido, entende-se que a contratada que, por intermédio do Contrato de Útero por Substituição, receber a implantação do material genético deve estar em condições físicas e psicológicas benéficas e saudáveis para gerar durante os nove meses ou, enquanto durar a gestação, um embrião saudável aos contratantes. Logo, o Contrato de Útero por Substituição, de natureza existencial, revela-se como uma prestação de serviço temporário.

É necessário pontuar que, de acordo com o Contrato de Útero por Substituição, o registro civil do infante deverá apresentar somente o nome dos contratantes, ou seja, dos pais biológicos. A contratada, cedente do útero para desenvolvimento do embrião, não deve ter, ao ser contratada, a intenção de assumir a maternidade da criança.

Dessa forma, a contratada deverá receber, mediante cláusulas contratuais, o valor destinado ao pagamento da gestação de um embrião, que não tem nenhuma relação genética com ela. A gestora por substituição não poderá, mediante o Contrato de Útero por Substituição, objetivar fazer parte do projeto parental do infante e dos contratantes.

O Contrato de Útero por Substituição só é previsto no Brasil sem remuneração. Contudo, a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina não possui força de lei. Laira Carone Rachid Domith e Filipe José Monteiro Toledo salientam que:

A Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina prevê regras deontológicas relativas à realização da reprodução humana assistida (RHA) no Brasil, tendo sido precedida por outras que trataram da mesma temática. Tal normativa é destinada a médicos e clínicas que realizam RHA, não podendo ser considerada lei, já que não cumpriu o devido processo legislativo e nem tem eficácia erga omnes. (DOMITH; TOLEDO, 2016, s.p.).

No mesmo sentido, Denise Dayane Mathias Rodrigues (2008) corrobora que:

Desta feita, para que seja legal tal prática somente será permitida a sub rogação quando o 'contrato' for gratuito e as mães, gestante e doadora genética, sejam da mesma família, cujo parentesco seja de até o segundo grau ou que na falta de compatibilidade o conselho permita que outras participem desde que haja afetividade, solidariedade e generosidade por parte desta que emprestará altruisticamente seu útero (RODRIGUES, 2008, p. 410).

Logo, no Brasil a gestação por substituição não tem caráter comercial ou lucrativo, a doadora temporária do útero não pode ter mais do que cinquenta anos e deve pertencer à família de um dos parceiros.

No entanto, nota-se que o embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher para possibilitar a gestação. Silvio de Salvo Venosa entende que:

Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mãe sub-rogada, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz à baila a discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio mater est. Imposta saber, em cada caso, se houve o consentimento da mulher que cedeu o útero e se reconheceu a maternidade alheia (VENOSA, 2006, p. 273).

Assim, comprehende-se que no Contrato de Útero por Substituição a contratação de uma geradora por substituição mediante pagamento pela prestação do serviço não é permitida pela atual legislação brasileira.

No Brasil, há divergências de opiniões e até polêmicas em torno da problemática relacionada ao Contrato de Útero por Substituição

mediante remuneração, visto que, como em qualquer outro contrato, as partes podem discordar de seus direitos/obrigações e produzir demandas judiciais.

Nos casos referentes ao Contrato de Útero por Substituição, pode acontecer de a gestora que aceitou o embrião em seu útero se negar a entregar a criança que gerou mesmo que o infante não apresente descendência dela, como pode também acontecer dos pais biológicos se negarem a receber a criança, fruto do contrato, por apresentar, por exemplo, algum tipo de anomalia. Nesse sentido, Petroni (1999) ressalta que:

Uma vez sendo pais biológicos da criança, ressalta-se, terem querido e promovido a gestação. Dessa forma, deverão arcar com todas as responsabilidades decorrentes dessa situação. Ademais, na prática, eventual abandono de bebês com problemas de formação acontece também em fecundações típicas, inclusive entre pais casados. (PETRONI, 1999, p. 27).

Dessa forma, comprehende-se que no Brasil há diversos projetos que versam sobre a legalização do Contrato de Útero por Substituição, mas não há nenhum projeto ou lei que ofereça embasamento jurídico para essa modalidade de contrato, pois alguns autores defendem que o Contrato de Útero por Substituição pode ser comparado com a doação de um órgão do corpo humano. Em sentido contrário, Almeida defende que:

Quanto a não poder haver remuneração pelo aluguel do útero, não podemos comparar a utilização de uma parte do corpo com a doação de um órgão do corpo humano; a simples utilização do útero da mulher saudável não causa problemas, mas a doação de um rim de pessoa viva pode causar problemas no futuro, porque o rim que não foi retirado ficará sobrecarregado e, além do mais, retira-se um órgão de pessoa viva ou morta para salvar uma vida ou amenizar, acabar com o sofrimento de alguém (ALMEIDA, 2000, p.105).

No mesmo sentido, Leonardo Macedo Poli e Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas (2015) corroboram que:

No procedimento da barriga de aluguel não se está vendendo órgãos, mas sim gerando um filho para outra pessoa impossibilitada de fazê-lo, por livre e espontânea vontade, mediante remuneração (POLI; VIEGAS, 2015, s.p.).

Os autores acrescentam que:

Constata-se, portanto, que o tipo penal não se subsume ao fato jurídico em questão e, sendo a norma penal impassível de interpretação extensiva, trata-se claramente de mais um desses absurdos jurídicos que temos presenciado atualmente. (POLI; VIEGAS, 2015, s.p.).

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald assinalam a segurança dos contratos onerosos:

Inobstante a validade dos contratos gratuitos, é necessário pontua que os contratos onerosos são mais seguros para aqueles que os realizam a fim de que os prejuízos sejam evitados, afinal, o legislador quer acautelar quem poderá sofrer um prejuízo injusto e não aquele que eventualmente será privado de um ganho. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 239).

Nesse sentido, comprehende-se que nada impede que casais que desejam ter um projeto familiar com descendentes genéticos e não apresentam condições físicas para isso possam contratar uma geradora no exterior ou no Brasil, a depender de uma legislação específica a fim de proteger os contratantes.

A sociedade não pode fechar os olhos para esse tema, pois o contrato de “barriga de aluguel” tem sido realizado e não há respostas para as consequências jurídicas do procedimento.

Defende-se, portanto, que, para minimizar ou até mesmo extirpar todas as controvérsias que rodeiam a “barriga de aluguel”, torna-se necessária a criação de uma norma jurídica que estabeleça uma obrigação existencial, envolvendo os seguintes elementos constitutivos: sujeito ativo: casal contratante; sujeito passivo: a mãe substituta; prestação: a entrega da criança gerada; vínculo jurídico: contrato em que a mãe contratante impõe a entrega da criança à mãe substituta.

Há países que apresentam impedimento para a efetivação do Contrato de Útero por Substituição, e outros que não apresentam obstáculos conforme se passa a expor.

Conclui-se, portanto, que o Contrato de Útero por Substituição no ordenamento jurídico brasileiro permanece envolto em significativa insegurança jurídica, sobretudo quando realizado mediante remuneração, uma vez que inexiste legislação específica que discipline seus limites, efeitos e garantias. Embora se observe crescente demanda social por essa prática, impulsionada pelos avanços da biotecnologia e pela pluralidade das formas de constituição familiar, a ausência de normatização adequada contribui para o surgimento de conflitos envolvendo direitos fundamentais da gestante substituta, dos pais intencionais e, principalmente, da criança gerada.

Nesse cenário, evidencia-se a necessidade de intervenção legislativa capaz de conciliar a dignidade da pessoa humana, a autonomia privada e a proteção integral do menor, estabelecendo parâmetros claros para a celebração do contrato de útero por substituição, de modo a reduzir controvérsias judiciais e promover segurança jurídica às partes envolvidas.

3. CONCLUSÃO

Este artigo versou sobre a necessidade da implantação de normas jurídicas que possam regulamentar a técnica de útero por substituição mediante remuneração pecuniária e, consequentemente, o contrato em relação à também denominada gestação de aluguel.

A infertilidade humana, fator de constrangimento, decepção e ansiedade para diversos casais que anseiam ter filhos de sua própria descendência, é um dos principais fatores que leva os indivíduos frustrados em relação à impossibilidade da concretização do sonho parental partir em busca de soluções concretas que possam sanar o problema familiar, colocando suas últimas esperanças nas diferentes técnicas de reprodução humana assistida, como a prática denominada de útero por substituição, também conhecida por maternidade de substituição, sub-rogação de útero, gestação substituta ou mãe portadora.

Observou, no entanto, que a técnica do útero por substituição mediante remuneração e o contrato referente a ela, foco deste trabalho, ainda não foram regulamentados pela atual legislação pátria. Nesse sentido, os indivíduos, impossibilitados de realizar seu sonho parental, buscam, de forma clandestina, contratar mulheres férteis, dispostas a desenvolver uma gravidez saudável e receber remuneração por essa gestação, que será disposta em contrato.

Verificou-se que é uma possibilidade o contrato de útero por substituição é que necessita de respaldo legal na jurisdição brasileira vigente, uma vez que tanto as práticas médicas quanto os contratos devem estar subordinados à Constituição vigente. Essa medida é importante para que casais que sonham em gerar filhos com descendência sanguínea possam voltar a sonhar com seu projeto familiar com descendentes genéticos, embora gerados em úteros de aluguel, sem agir de forma ilegal no território nacional, clandestinamente, ou ir para outros países como a Índia e a Alemanha, nos quais a técnica não é condenada e já foi regulamentada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA. Aline Mignon. Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). Resolução CFM nº 2.121, de 16 de julho de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 jul. 2015. Seção 1. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Provimento CNJ nº. 63, de 14 de novembro de 2017. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CHAGAS, Márcia Correia; NOGUEIRA, Maria Alice Pinheiro. Maternidade de sub rogação e direitos fundamentais: o planejamento familiar e gestação em útero alheio. *Revista da Faculdade de Direito, Fortaleza*, Jan/jun de 2013v. 34, n. 1, 2013, p. 333-354. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11849/1/2013_art_mcchagas.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1.358, de 19 de novembro de 1992. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. *Diário Oficial da União*, Brasília, 19 nov. 1992. Seção 1, p. 16.053. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm. Acesso em: 17 jun. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

DOMITH, Laira Carone Rachid; TOLEDO, Filipe José Monteiro. Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina – uma reflexão sobre a seleção embrionária e a terapia gênica sob a perspetiva do direito brasileiro. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/resolucao-2-121-2015-do-conselho-federal-de-medicina-uma-reflexao-sobre-a-selecao-embrionaria-e-a-terapia-genica-sob-a-perspetiva-do-direito-brasileiro/>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Famílias*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAZ Sergio. Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

FINI, Paulo; DAMOTA, Eduardo Leme Alves. Útero de substituição. Reprodução humana assistida. São Paulo: Atheneu, 2003.

GÊNESIS. In Bíblia Sagrada: Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. Edição Revista e corrigida, 5ª ed., Santo André, S.P.: Sociedade Bíblica do Brasil, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PETRONI, João Guilherme Monteiro. Reprodução Assistida: a chamada barriga de aluguel. Revista IOB de Direito de Família, ano XI, n. 55, p. 27, 2009.

POLI, Leonardo Macedo; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. A legalização do contrato de "barriga de aluguel", sob a ótica do princípio da autonomia privada. Revista Síntese de Direito de Família, v.15, n.89, p.76-97, abr./mai. 2015.

RODRIGUES, Denise Dayane Mathias. Maternidade de substituição: aspectos éticos e jurídicos. In: Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA, Salvador. 2008. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/denise_dayane_mathias_rodrigues.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2021.



SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Manual de Biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 3. Ed, 2015.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite, et al. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, De Plácido; JURÍDICO: Vocabulário. Atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Vocabulário Jurídico Conciso, v. 1, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: análise crítica quanto a flexibilização de garantias justrabalhistas e a precarização do trabalho

Janaína de Paula Barbosa¹

RESUMO: A pesquisa objetivou a análise dos direitos e garantias protegidos pela ordem jurídica frente a nova modalidade de contratação contrato intermitente, inserido na legislação trabalhista através da promulgação da lei 13467/17 denominada “lei da reforma trabalhista”. O contrato surgi em um cenário de crise econômica no Brasil, com promessas de redução do número de desempregados e formalização dos trabalhadores informais .A Posteriori a votação o legislador presidencial viu a necessidade de edição de medida provisória ,para esclarecer alguns pontos da lei, entretanto a MP 808/17 , perdeu a validade , permanecendo assim inúmeras lacunas .O contrato traz novas interpretações á conceitos preexistente na legislação trabalhista , com intuito de flexibilizar normas concedendo vantagens a parte empregadora em detrimento do empregador, como pagamento somente pelas horas efetivamente trabalhadas, jornada de trabalho imprevisível, incerta, e flexível. O novo modelo é considerado atípico, uma vez que difere dos modelos contratuais preexistentes na legislação. A matéria é objeto de análise na corte suprema, contado com inúmeras ADI's proposta por diversos representantes sindicais, não havendo ainda decisão consolidada no sentido de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade deste contrato. O contrato é aplicado em diversos países estrangeiros, sendo considerado pelos doutrinadores uma “ cópia importada”. Apesar de importar por encomenda o contrato intermitente, a aplicação no Brasil não observa as garantias asseguradas em outros países. O contrato é considerado novo e, a efetividade de sua aplicação ainda é pouco conhecida, entretanto o que se sabe é que o novo instrumento de contratação, expõe ao trabalhador em uma condição de vulnerabilidade, potencializando a precarização do trabalho.

Palavras-chave: Contrato Intermitente; Precarização; flexibilização; Reforma Trabalhista.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Asa de Brumadinho.
E-mail: barbosajanainaestudos@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo analisar a inserção da nova modalidade de contrato de trabalho intermitente na legislação trabalhista, através da promulgação da Lei 13.467/17, denominada de Reforma Trabalhista. A referida lei promoveu diversas mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, alterando dispositivos e inserindo outros, além de trazer novos conceitos ao texto legal.

Dentre as principais mudanças, está a nova modalidade de contratação, o contrato de trabalho intermitente, instituído com a justificativa da necessidade de se modernizar as regras trabalhistas, com o fim de flexibilizar a contratação por parte das empresas e, assim, reduzir o crescente número de desempregados no país.

A luz da doutrina, a lei mencionada possui inúmeras lacunas, que ainda não foram preenchidas, carecendo de discussões e de uma análise aprofundada no campo jurídico, a fim de compreender seus reflexos e possíveis impactos na vida do trabalhador.

A redação literal do artigo 452-A da CLT, que traz a regulamentação desse tipo de prestação de serviço, evidencia o rompimento com as garantias justrabalhistas conquistadas ao longo de séculos, alterando toda a ideia conceitual acerca da jornada de trabalho, salário, tempo a disposição do empregador, dentre outros.

A nova disposição legal afronta também diversos princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção ao empregado, além de desconsiderar sua hipossuficiência, impondo regimes flexíveis e fazendo com que a prestação do serviço se torne precária.

O objetivo geral da pesquisa é analisar a nova modalidade de contratação, bem como os questionamentos quanto à sua constitucionalidade diante do ordenamento jurídico e de seus reflexos na relação empregatícia e no meio social.

O estudo realizado terá como suporte o método hipotético-dedutivo, sendo toda a pesquisa realizada de forma teórica e prática, com consulta á doutrinas renomadas, como a de Mauricio Godinho Delgado e Sergio Pinto Martins, e de jurisprudências dos tribunais do trabalho, bem como a análise do direito comparado.

A pesquisa se mostra relevante, pois contribui com todo o conhecimento que está sendo construído acerca das mudanças introduzidas pela Reforma Trabalhista, em especial a esta matéria, que, apesar de contar com alguns anos de vigência, ainda é reputada como nova e, por isso, muito discutida.

Há muito o que se conhecer sobre o contrato de trabalho intermitente, e a pesquisa não tem a intenção de esgotar o assunto, mas sim, de instigar aqueles por ela alcançados, a refletir sobre o presente tema.

2. O CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO

O contrato de trabalho por prazo determinado encontra se regulamentado no artigo 443, §1º da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe: “considera-se como prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de prazo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certos acontecimentos suscetível de previsão aproximada”.

Neste contrato, as partes tem ciência do final da vigência do contrato, no momento de sua pactuação, ou seja, já se sabe a data ou, pelo menos, o fato que ensejará o seu termo. Portanto, não se trata necessariamente de uma data mencionada em calendário, vez que a cessação pode ser certa, mas também incerta, assim entendida a fixada a partir de circunstâncias fáticas.

Por ser uma modalidade contratual excepcional, que sai da regra original, somente será admitido nas hipóteses previstas em lei. Sendo assim, o art. 443, §2º da CLT dispõe que “o contrato por prazo determinado só será válido em se tratando de: a) de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; b) de atividades empresariais de caráter transitório e; c) de contrato de experiência.”

A transitoriedade que reveste o contrato à termo é, nos dizeres de Sérgio Pinto Martins “o que é breve, efêmero, temporário”, como é o caso das contratações com o fim de atender um acréscimo extraordinário e provisório dos serviços. Assim, a transitoriedade deve ser analisada a partir da atividade do empregador, observando as necessidades de seu empreendimento que irão, por ora, justificar a predeterminação do prazo. (MARTINS, 2018, p. 192).

Noutro giro, as atividades empresariais de caráter transitório se concentram em eventos momentâneos, como as atividades em feiras industriais, agropecuárias, circenses e sazonais, que também servem como justificativas para se estabelecer o prazo contratual. (DELGADO, 2019, p. 665).

Estas duas modalidades de contrato por prazo determinado podem ser pactuadas pelo prazo de até dois anos, conforme dispõe o art. 445 da CLT, não podendo ser prorrogado mais do que uma vez, respeitado, no total, o prazo máximo ora descrito. Caso as regras de prazo e prorrogação não sejam observadas, o contrato passará a vigorar como se indeterminado fosse.

O contrato de experiência se encontra dentre as hipóteses previstas no art. 443, §2º da CLT, sendo, pois, uma modalidade de contrato por prazo determinado. Este contrato caracteriza-se pelo acordo bilateral ajustado entre empregado e empregador, com fins de avaliar aspectos objetivos e subjetivos que envolvem a relação de emprego, que irão definir a continuidade ou a extinção do vínculo empregatício. (NASCIMENTO, 2015, p. 920).

Aprovada a experiência inicia-se outro contrato, o principal, e o contrato de trabalho que o segue por prazo indeterminado, mantendo cada uma sua independência, de tal modo que não estariam relacionados entre si por um laço de continuidade, a não ser para que o tempo de duração do contrato de experiência, quando o empregado permanece na empresa, venha ser somado ao segundo contrato para todos efeitos legais. (NASCIMENTO, 2015, p.921).

O prazo do contrato de experiência é de até noventa dias. Entretanto, Garcia ressalta que “como a lei não restringe, a orientação majoritária é que nada impede ser a prorrogação por tempo superior ao prazo inicialmente contratado, desde que observado o prazo máximo de 90 dias”. Deste modo, poderá inicialmente haver estipulação de prazo do contrato de experiência de 30 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, por exemplo, visto que respeitado o prazo máximo de vigência e o limite de uma única prorrogação. (GARCIA, 2018, p. 192)

No que concerne às obrigações formais, Sérgio Pinto Martins ressalta que o contrato de experiência:

não deixa de ser um contrato por prazo determinado. Assim, há necessidade de anotação na CTPS do empregado do referido pacto, que dará oobreiro todos os direitos e obrigações pertinentes ao citado acordo. (MARTINS,2018, p. 201).

O contrato por obra certa também é uma das modalidades contratuais que se coloca como subespécie do contrato por prazo determinado, enquadrando nos serviços especificados e nos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada. De acordo com Mauricio Godinho Delgado o contrato por obra certa pode ser definido como:

“pacto empregatício urbano a prazo, qualificado pela presença de um construtor em caráter permanente no polo empresarial da relação e pela execução de obra ou serviço certo como fator ensejador da prestação prefixação do prazo contratual” (DELGADO,2019, p.686).

O contrato por obra certa comporta as mesmas características dos contratos a termo, portanto deve submeter-se às regras instituídas pela Consolidação das Leis do Trabalho já descritas. Este contrato deve referir-se a um serviço específico, neste caso, a obra. Portanto, a cessação se dará quando houver a realização desta obra. Sendo assim, caso as partes acordem sobre outros serviços específicos, estes não podem se confundir com o contrato inicialmente pactuado, visto que, neste caso, haverá o surgimento de um outro contrato de trabalho.

O prazo do contrato por obra certa, como destacado alhures, segue a regra dos contratos por prazo determinado, já que se trata de uma espécie deste segundo, podendo ser estipulado pelo prazo máximo dois anos, admitida uma única prorrogação, desde que a soma dos períodos não extrapole o prazo máximo de dois anos. Vale lembrar que, quanto à sucessividade contratual, deve ser observada a regra restritiva do artigo 452 da CLT, que assim dispõe:

Considera-se por prazo indeterminado todo o contrato que suceder, dentro de 6 (seis) meses, a outro contrato por prazo determinado, salvo se a expiração deste dependeu da execução de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos.

Deste modo, entende-se que entre o término de um contrato por prazo determinado e a estipulação de um novo contrato por tempo certo, deverá ser respeitado o intervalo mínimo de seis meses, ressalvadas as exceções consignadas em lei. Assim, caso seja firmado contrato por prazo determinado em desalinho à regra do artigo 452 da CLT, o segundo contrato será considerado para todos fins como contrato por prazo indeterminado. (GARCIA, 2018, p.195).

O que a lei busca com esta regra estritamente formal (prazo mínimo de seis meses de distância entre um contrato a termo e outro) é evitar a fraude nas contratações a prazo. Por essa razão, a Consolidação das Leis do Trabalho não elimina, inteiramente, a possibilidade de pactuação licita de sucessivos contratos a termo, mesmo que em lapsos temporais inferiores.

Não obstante as regras para que ocorra a sucessividade contratual, admite-se novo contrato por prazo determinado antes de decorridos os seis meses, desde de que o contrato anterior tenha se encerrado pela execução de serviços especializados ou que tenha se expirado em razão de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada. As hipóteses mencionadas devem ser entendidas como excepcionais, e que, portanto, fogem à regra geral.

Com relação a extinção do contrato por prazo determinado, esta pode se dar pelo cumprimento do prazo, pela dispensa antecipada por parte do empregador ou pedido de demissão por parte do empregado, por consentimento de ambas as partes em desfazer o pacto laboral e, ainda, por atingimento do objeto pactuado, havendo que se observar a existência de cláusula assecuratória de direito recíproco de rescisão antecipada. (DELGADO, 2019, p.648).

Por fim, há que se ressaltar que as parcelas rescisórias no contrato por prazo determinado são mais restritas, se comparadas àquelas devidas no contrato por prazo indeterminado, comportando diferenciação a depender da modalidade de ruptura contratual.

3. A NOVA MODALIDADE CONTRATUAL INSTITUÍDA PELA LEI 13.467/2017: O CONTRATO INTERMITENTE

O contrato intermitente foi instituído no Brasil através da lei 13467/17, conhecida como Reforma Trabalhista. O objetivo do legislador foi criar um contrato pautado em regras flexíveis de gestão e execução e, com

isso, diminuir o crescente número de desemprego no país, não obstante Garcia (2018, p. 214) ressalte que “não existe demonstração científica de que a medida em questão é apta a reduzir níveis de desemprego”.

Para tanto, foi modificada a redação dos artigos 443 e 452, ambos da CLT, e inserido o art. 452-A à legislação celetista. Apesar do contrato de trabalho intermitente ser novo e parecer ter origem nesta legislação brasileira, este modelo contratual já existia em alguns países como Portugal, Estados Unidos e Itália, sendo o caso do Brasil uma adaptação destes contratos estrangeiros.

Tendo em vista a existência de algumas lacunas na legislação recém editada, o Poder Executivo editou a Medida Provisória nº 808/17, alterando o artigo 452-A da CLT e acrescentando ao texto normativo os artigos 452-B à 452-H. Entretanto, a referida medida provisória não foi apreciada pelo Congresso Nacional no tempo prescrito em lei, o que levou à perda de sua vigência.

Deste modo, o contrato de trabalho intermitente segue em vigor, observando as regras trazidas pela Lei 13.467/17, tendo como principais características a prestação de serviço de forma não contínua, com alternância de períodos de atividade e de inatividade, embora haja existência de vínculo de emprego; prestação de serviços mediante convocação prévia do empregador, que pode ser aceita ou recusada pelo empregado, sem que tal fato descaracterize a subordinação; remuneração proporcional às horas efetivamente trabalhadas; e flexibilização na jornada de trabalho, possibilitando ao empregado prestar serviços a diversos tomadores.

4. UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

4.1 Considerações acerca do instituto, a partir do regramento legal trazido pela Reforma Trabalhista

A lei 13.467/2017 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de contrato de trabalho, por meio da alteração e inclusão de artigos da Consolidação das Leis do Trabalho. O contrato de trabalho intermitente caracteriza-se pela prestação de um serviço que não ocorre de forma continua, mediante uma jornada de trabalho flexível, na qual o empregador é responsável pela definição do período que será laborado.

A primeira alteração promovida na Consolidação das Leis do Trabalho acerca do tema a ser destacada, refere-se ao artigo 443, §3º.

Para Amauri Cesar Alves (2017, p.7), a conceituação do que seria o trabalho intermitente é um desafio na ordem jurídica, pois o conceito apresentado pelo legislador é enigmático, onde “Dizer que intermitente é o contrato que alterna prestação de serviço e período de inatividade é não dizer absolutamente nada”, visto que, em regra toda jornada de trabalho é composta por períodos de atividade e de inatividade.

Em regra há labor por 8 horas e inatividade nas próximas 16 horas, aproximadamente, já que os períodos de inatividade pode ser “determinado em horas”. Da mesma forma há labor em 5 ou 6 dias, seguidos de intervalos de 24 horas por semana, já que os períodos de atividade e inatividade podem ser “determinados em semana”. Há labor por 11 meses com 1 mês de intervalo (férias), já que os períodos de atividade ou inatividade podem ser “determinado em meses”. (ALVES,2017, p.7).

Desta forma, a nova conceituação técnico-jurídica imposta pelo legislador cria uma serie de contradições acerca dos conceitos pré-existentes das demais modalidades contratuais, pois o critério analisado é apenas o tempo de atividade e inatividade.

Há que se ressaltar que, após a promulgação da Lei 13.467/17, foi promulgada a Medida Provisória 808/2017, que tentou esclarecer problemas relacionados à conceituação do instituto. Entretanto, com a

perda de sua validade, a Medida Provisória tornou-se apenas um documento histórico. (ALVES, 2017, p.7).

A difícil fixação de um conceito é que se trata de um contrato celetista, que é não eventual por definição, ou seja, é comum, corriqueiro, esperado, é ordinário que haja necessidade do trabalho. Mas, a prestação laborativa depende de um prévio chamado do empregador para que se dê, havendo alternância de períodos de prestação de serviço com períodos de atividade, sendo desconhecido o lapso de inatividade suficiente para caracterização da intermitência. (ALVES, 2017, p. 7)

Ademais, o período de inatividade do trabalhador intermitente não é considerado tempo à disposição do empregador. Sendo assim, o período que ele estiver aguardando sua convocação não será remunerado. Isto porque, entende-se que durante o período de inatividade o empregado pode prestar serviços a outros tomadores, seja por meio de um contrato intermitente ou por outras modalidades contratuais. (GARCIA, 2018, p.217).

Neste mesmo sentido, o artigo 4º, §1º da Portaria 349/2018 do Ministério do Trabalho dispõe que em períodos de inatividade, é permitido ao empregado intermitente prestar serviços a diversos tomadores que desempenham ou não a mesma atividade econômica do primeiro empregador.

O trabalho intermitente é cabível em qualquer função, com exceção apenas a profissão dos aeronautas, que são regidos por lei própria e, por isso, foram expressamente excluídos desta modalidade.

A Lei 13.467/2017 procedeu, ainda, à inclusão dos artigos 452-A à Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo de regulamentar o novo modelo contratual. De acordo com a norma em questão, o contrato de trabalho intermitente deverá ser celebrado por escrito, contendo, especificadamente, o valor da hora de trabalho, que não

poderá ser inferior ao valor/hora do salário mínimo ou aquele devido aos demais empregados que exercem a mesma função.

Dadas as características especiais do contrato de trabalho intermitente, não constitui descumprimento do inciso II do caput ou discriminação salarial pagar ao trabalhador intermitente remuneração horária ou diária superior à paga aos demais trabalhadores da empresa contratados por prazo indeterminado. (PORTARIA 349/2018, MINISTÉRIO DO TRABALHO).

Desta forma, em nenhuma hipótese o contrato intermitente poderá ser celebrado na forma tácita ou verbal, como permitido nas outras modalidades contratuais. Observa-se que a norma do artigo em tela se restringe apenas a duas condições supramencionadas, não fazendo menção ao registro em CTPS e outras demais formalidades.

No entanto, a Portaria 349/2018 do Ministério do Trabalho, no art.2º assevera que o contrato em questão deverá ser registrado em Carteira de Trabalho e Previdência Social, ainda que esteja previsto em acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho (GARCIA, 2018, p.2018).

Apesar de inexistir previsão legal, é aconselhável que o contrato de trabalho intermitente contenha as informações pessoais das partes - como a identificação, o domicílio e os dados cadastrais, o valor da hora ou do dia de trabalho, o local e o prazo do pagamento da remuneração.

A prestação de serviço intermitente ocorrerá mediante convocação por parte do empregador que, de acordo com o artigo 452-A da CLT, deve ser feita por qualquer meio de comunicação eficaz. Neste sentido, entende-se que “deve ser meio de comunicação eficiente, pelo qual fique comprovado que o empregado tomou ciência da comunicação”, podendo ser feito por telefone, carta, WhatsApp, dentre outros. (MARTINS, 2018, p.215).

Esta convocação deve ser feita com, pelo menos, três dias de antecedência, sendo concedido o prazo de um dia útil para que o trabalhador manifeste sua resposta ao chamado. Importante ressaltar que o prazo de convocação não é contado em dias úteis, mas, sim, corridos (MARTINS, 2018).

No momento da convocação, o empregador deverá informar ao trabalhador qual será sua jornada de trabalho e demais condições que vincularão aquela convocação. Para Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2018, p. 214), “ [...] trata-se de uma sistemática que pode gerar insegurança ao trabalhador, não permitindo saber quando será convocado pra prestar os serviços, ou por quanto tempo [...]. ”

Vale lembrar que o trabalhador não está obrigado a aceitar a oferta, podendo livremente recusa-la, sendo que esta recusa não descaracteriza a subordinação própria do contrato de trabalho, conforme previsão do §3º do artigo 452-A da CLT.

O direito de recusa da convocação, conferido ao empregado, em um primeiro momento parece ser vantajoso, mas poderá prejudicá-lo caso não seja um empregado assíduo ao trabalho. Isto porque, o empregador, diante de sua faculdade, poderá dar preferência a outros empregados, que mais frequentemente aceitem sua oferta de trabalho.

Deste modo, pressupõe-se que a convocação do empregado para o trabalho dependerá da demanda de serviços do empregador, o que poderá torná-la frequente ou esporádica.

Vale lembrar que o art. 452-A, §4º da CLT impõe penalidade de multa à parte que, assumindo o compromisso de prestar o serviço (empregado) não comparecer para executá-lo, ou à parte que ofertou o serviço (empregador), mas não proporcionou a sua efetivação. A multa corresponderá a 50% da remuneração que lhe seria devida, devendo ser paga no prazo de 30 dias, podendo, porém, ser compensada em igual prazo (GARCIA, 2018, p.219).

Como já mencionado, o empregado possui o prazo de um dia útil para responder ao chamado do empregador. Por força do art. 452-A, §2º da CLT, caso o empregado receba a convocação e permaneça em silêncio, este será entendido como recusa à oferta.

De acordo com o artigo 452-A, §5º, da CLT, o período que no qual o trabalhador estiver em inatividade não será considerado tempo a disposição do empregador. Para tanto, Gustavo Felipe Barbosa Garcia alerta que “a exclusividade, em regra, não é requisito do contrato de trabalho (art. 2º e 3º da CLT). Normalmente, nada impede que o empregado tenha mais de um vínculo de emprego, mesmo sendo fixo o horário de labor”. (GARCIA, 2018, p. 214).

A remuneração do trabalhador intermitente, de acordo com o artigo 452-A, §6º da CLT, será paga ao final de cada período de prestação de serviço, momento no qual será devido, de imediato, a remuneração pactuada e as parcelas referentes as férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e eventuais adicionais legais devidos.

O dispositivo supramencionado não especifica o que seria “final de cada período”. No entanto, a Portaria 349/2018, do Ministério do Trabalho dispõe no Art.2º, §2º que as parcelas descritas no rol do §6º do Art.452-A da CLT não podem ser estipuladas por período superior a um mês. Este dispositivo está alinhado com o artigo 459 da CLT, o qual preconiza que “o pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade de trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações”.

Deste modo, no caso de períodos de prestação de serviço que excedam há um mês, o pagamento do salário deve ser realizado até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido, devendo o recibo de pagamento do empregado conter a discriminação dos valores de cada parcela.

O empregador deverá efetuar, ainda, o pagamento referente às contribuições previdenciárias e o depósito do valor devido a título de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, tendo como referência os valores pagos no período mensal, fornecendo ao empregado o comprovante do cumprimento de suas obrigações (art. 452-A, §7º e §8º da CLT).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Delgado entendem que as parcelas descritas no artigo 452-A, § 6º da CLT, constituem um rol meramente exemplificativo. Sendo assim, é permitido que as partes acordem sobre outras parcelas, e “evidentemente que também o vale-transporte é devido a esse trabalhador, relativamente a todos os dias em que for convocado para o trabalho, haja ou não trabalho efetivo” (DELGADO, 2017, p. 166).

Vale ressaltar que o período em que o trabalhador está em inatividade não é remunerado. Deste modo “o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para o trabalho, uma vez que ele terá o seu pagamento na estrita medida desse trabalho ocasional”. (DELGADO, 2017, p. 163).

A lei da reforma trabalhista institui um salário variável que toma como parâmetro a unidade de tempo, instigando que esta unidade seja manifestamente imprecisa, oscilante variável. Trata-se de um novo tipo de salário variável, instituído pelo novo diploma legal como formula para exacerbar a insegurança pessoal, profissional e jurídica do empregado e a agregação exacerbada de ganhos econômicos pelo empregador. (DELGADO, 2017, p. 163).

Tal fato é apontado como um grande entrave à segurança econômica e financeira do empregado, visto que o trabalhador “tem suas despesas mensais, muitas delas fixas, necessitando saber, com maior segurança e previsibilidade, o patamar de sua renda, não podendo conviver com tamanha insegurança” (GARCIA, 2018, p. 214).

Assim como nos demais contratos trabalhistas, a cada doze meses trabalhados deverá ser concedido ao trabalhador intermitente o direito ao gozo de férias, pelo período de trinta dias, o que deve ocorrer nos doze meses subsequentes à aquisição do direito a férias.

Insta dizer que no período das férias, não pode haver convocação por parte do mesmo empregador (Art.452-A, §9º, da CLT). Importante destacar que a legislação restringe apenas a prestação de serviço ao mesmo empregador, não mencionando acerca da prestação de serviço em período de férias a tomadores diferente. Assim, nos dizeres de Gustavo Felipe Barbosa Garcia:

[...]embora o direito de gozar férias seja formalmente assegurado, o empregado, na prática, pode acabar realizando outras atividades laborativas no período, inclusive em razão de necessidades financeiras, deixando assim de descansar efetivamente (GARCIA, 2018, p. 220).

Cumpre ressaltar que o objetivo de conceder férias ao empregado é, justamente, garantir que, enquanto ser humano, este possa desfrutar da vida familiar, do convivo social e do descanso. Afinal, no Brasil o trabalhador tende a passar mais tempo no trabalho do que no seio familiar, cenário que reflete no grande número de trabalhadores afastados junto ao Instituto Nacional do Seguro Social. Em alinhamento a este entendimento, Amauri Mascaro e Sônia Mascaro mencionam:

[...] que são as férias uma obrigação de não fazer, isto é, de não trabalhar, uma vez que devem ser gozadas e não substituídas por um pagamento em dinheiro, o que corresponde a sua finalidade de proporcionar ao empregado condições para o descanso e lazer, das energias gastas com o trabalho. Para esse fim, além da proibição de trabalho durante as férias, outras medidas foram instituídas, como o pagamento antecipado da remuneração das férias e da metade do décimo terceiro salário, destinadas a proporcionar condições econômicas para o lazer. (NASCIMENTO, 2014, p. 824).

No que concerne ao pagamento das férias do empregado intermitente, este não é realizado como nas demais modalidades contratuais, em que o empregador paga ao empregado o valor devido, em até dois dias antes do início do respectivo período aquisitivo (art.145 da CLT). No caso do trabalhador intermitente, há o pagamento diluído, mês a mês, de um terço à título de férias, de modo que, ao sair de férias, o trabalhador não faz jus à remuneração a tal título.

Contudo, Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Delgado entendem que o disposto no Art. 452-A, §9º da CLT não deve ser interpretado na sua literalidade, haja vista a colisão com o preceito constitucional disposto no Art. 7º, XVII da CRFB/88. Na visão destes doutrinadores a interpretação correta seria no sentido de:

[...] que cabe, sim, o pagamento das férias 30 dias, com o terço constitucional pertinente, assegurado o cálculo de seu montante pela média mensal dos salários nos meses componentes do período aquisitivo, respeitado o piso salarial mensal. (DELGADO, 2017, p. 166).

Também é assegurado ao empregado intermitente todos os direitos relativos à previdência social, tais como os benefícios da aposentadoria e do auxílio-doença, sendo responsabilidade do empregador efetuar o recolhimento dos valores referentes a contribuição previdenciária, bem como apresentar recibo do cumprimento desta obrigação ao empregado. Estes valores serão calculados com base na remuneração mensal do empregado.

No que tange à previdência social, há que se destacar que o Instituto Nacional do Seguro Social dispõe de regras quanto ao limite de contribuição mínima aceita para fins de concessão dos seus benefícios. Deste modo, deve-se atentar para o fato de que, sendo o salário do trabalhador intermitente variável, poderá haver meses em o trabalhador tenha rendimentos baixos e, por consequência, o valor descontado pelo empregador não atinja o valor mínimo exigido pelo INSS. Caso isto ocorra, o trabalhador deverá completar este valor, de modo a manter a condição de segurado previdenciário.

4.2 Análise crítica acerca da garantia salarial e da jornada de trabalho no contrato de trabalho intermitente

Diante da análise do contrato de trabalho intermitente e de suas características é possível perceber que o novo pacto formalístico “inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada Reforma Trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores “via CLT”, sem diversas proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho” (DELGADO, 2019, p.672).. Esta modalidade contratual caracteriza-se por buscar a flexibilização de direitos e garantias concedidas pela ordem jurídica à relação de emprego, principalmente no que diz respeito a garantia salarial.

A priori é importante ressaltar que o salário mínimo no Brasil é tido como uma contraprestação mínima a ser paga não somente em decorrência da efetiva prestação de serviço, mas também em virtude do contrato de trabalho. O trabalhador dispõe de seu tempo e força em prol do trabalho e, em contraprestação, o empregador lhe remunera.

Ademais, o salário mínimo, regra geral, possui natureza mensalista, permeando a maior parte dos vínculos empregatícios, vez que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre jornada padrão de trabalho, se referindo à duração semanal do trabalho aplicável aos contratos. Atualmente a jornada padrão de trabalho é de oito horas diárias, 44 semanais e 220 mensais, sendo esta aplicável à grande parte dos contratos de trabalho, concedendo ao trabalhador segurança quanto ao recebimento do seu salário. (DELGADO ,2019, p.1073).

Neste sentido, vários doutrinadores entendem que, no caso do trabalhador intermitente, por existir uma correlação entre o salário devido e o efetivo trabalho prestado, as parcelas decorrentes da contratação sobre a jornada padrão de trabalho, quais sejam: tempo a disposição do empregador, descansos remunerados, intervalos intrajornada e interjornada, descansos em feriados etc., acabam sendo anuladas neste modelo de contrato.

Assim, tem se que o novo instrumento de contratação incita a parte empregadora a usar como estratégia a não contratação por meio dos clássicos contratos de trabalho por prazo determinado e por prazo indeterminado, priorizando a modalidade intermitente, por ser esta menos onerosa.

Para Mauricio Godinho Delgado “lidos apressadamente e em sua literalidade, os novos preceitos jurídicos parecem criar um contrato de trabalho sem salário”, que poderá existir de forma eventual, isto é, se o trabalhador for convocado (DELGADO, 2019, p.163).

Podemos dizer que há uma violação de direitos, visto que “a ordem jurídica estabelece um sistema largo de proteções ao conjunto de parcelas devidas ao trabalhador no contexto de relação de emprego”, inclusive no que tange ao valor do salário, que não pode ser reduzido, devendo sofrer correções automáticas e observar o patamar mínimo estabelecido em lei. Entretanto para o trabalhador intermitente alcançar este patamar mínimo se torna algo desafiador, uma vez que independe de seus esforços, mas sim do interesse do empregador em convoca-lo por mais vezes (DELGADO, 2019, p. 931).

Diante da questão, entende-se que a Reforma Trabalhista, ao instituir a nova modalidade de contratação, também instituiu uma nova modalidade remuneratória que “toma como parâmetro a unidade de tempo, instigando que esta unidade seja manifestamente imprecisa, oscilante, variável”, gerando insegurança para os trabalhadores, em manifesto descumprimento ao disposto no artigo 7º, inciso VIII, da CRFB/88, que garante “salário mínimo, nunca inferior ao mínimo para os que percebem a remuneração variável”.(DELGADO, 2018, p. 163). Neste sentido, Mauricio Godinho Delgado adverte que:

Independente de considerar (ou não) inconstitucional o tipo jurídico criado, o fato é que ele corresponde a uma inusitada espécie de salário variável, seja cambiante em decorrência da oscilação dos números de horas trabalhadas, seja em decorrência da oscilação do serviço prestado. (DELGADO, 2018, p.164)

É inegável que o novo instrumento de contratação gera precarização do trabalho, quando não dispõe sobre a remuneração mínima, visando, tão somente, atender às necessidades do empregador, em detrimento do empregado. Deste modo, tem se que, apesar da nova regra criada ser uma confirmação da indispensabilidade da atividade laborativa para a manutenção estrutural do sistema capitalista “ela busca, ao mesmo tempo, permitir o manejo da relação de emprego sem grande parte das conquistas civilizatórias alcançadas pelo Direito do Trabalho” (DELGADO, 2019, p. 673).

Esta atitude do legislador faz retomar à memória a ideia de coisificação já denunciada na Revolução Francesa, onde se tratava o ser humano como “coisa”, atribuindo “o efeito reducionista de conferir ao trabalhador valor unicamente pelo o que ele era capaz de produzir”, exatamente como ocorre com os empregados sujeitos ao regime de trabalho intermitente. Não obstante a tais fatos, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, inciso IV, dispõe que:

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

IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as necessidades vitais básicas e às de sua família com vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim;
[...] (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional em questão segue o entendimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que também menciona no artigo XXV a necessidade de se garantir a todo ser humano direito a um padrão de vida que lhe dê condições e acessos a estes direitos, inclusive o “direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. Neste jaez, Maurício Godinho Delgado adverte que:

O salário mínimo assegurado pelo artigo 7º, VII, diz respeito ao salário mínimo legal, e não ao salário mínião diário ou horário, pois somente o salário mínimo legal pode atender as necessidades expressamente arroladas”, proporcionando a classe obreira a oportunidade de viver de forma digna. (DELGADO, 2018, p.162).

Diante desta imposição constitucional pode se afirmar que o contrato de trabalho intermitente carrega a natureza de clara inconstitucionalidade, vez que suprimiu um direito constitucionalmente protegido, quando dispõe no artigo 452-A da CLT a garantia de apenas o valor do salário hora equivalente a, no mínimo, o valor do salário hora mínimo legal, não assegurando nenhuma garantia quanto ao percebimento do valor integral do salarial mínimo legal.

À luz da Constituição de 1988, não há relação de emprego em qualquer hipótese infraconstitucional em que não garantido o recebimento mensal do salário mínimo. Cindir o direito fundamental ao salário mínimo como se fosse algo a ser medido em horas ou dias é afrontar a máxima efetividade como princípio inerente à fundamentalidade material, em afronta à dignidade da pessoa humana porque lhe atribuindo os riscos diários de garantia de um mínimo de subsistência. Quando o artigo 7º dispõe sobre salário mínimo, ele o faz numa perspectiva transindividual de periodicidade mensal para dar previsibilidade à vida dos trabalhadores na realização de suas diferentes atividades diárias (não apenas trabalho, mas também lazer, convivência social e familiar, etc.). (STRECK,2017).

Destarte, a remuneração efetuada apenas com base nas horas efetivamente trabalhadas é, na verdade, uma tentativa de dividir o risco da atividade com o empregado, haja vista que o empregador convocará o empregado de acordo com sua demanda e interesse. Assim, se concede ampla proteção ao empregador, para que ele não sofra nenhum prejuízo, pois não se comprometerá com o pagamento de salário, nem ao menos quanto ao tempo em que o trabalhador estiver aguardando a convocação, bem como quando não houver demanda de trabalho.

Não obstante o legislador ordinário ter ignorado os preceitos legais, ele também negligenciou o princípio da intangibilidade salarial que confere à parcela salarial “garantias diversificadas da ordem jurídica, de modo a assegurar seu valor, montante e disponibilidade em benefício do empregado”. Esta garantia decorre da natureza alimentícia que o salário possui, partindo da premissa de que todo ser humano trabalha em prol de seu sustento. (DELGADO, 2019, p. 242).

Notoriamente, a ausência de garantia salarial no contrato de trabalho intermitente gera um clima de insegurança para o trabalhador, haja vista que não se sabe quanto irá receber, podendo, inclusive, ser um importe inferior ao salário mínimo mensal, o que lhe retira a oportunidade de obter o seu sustento e de sua família e, em casos extremos, poderá não alcançar o mínimo assegurado em lei a todos os trabalhadores.

Desta forma, a imprevisibilidade quanto ao percepção do salário impede o trabalhador de se planejar frente às suas despesas mensais e fixas, como é o caso das despesas decorrentes do fornecimento de água e energia elétrica, além de impossibilitar, à longo prazo, a aquisição bens de valores maiores, como a compra da casa própria. Portanto, sem esta previsibilidade salarial o trabalhador não pode firmar compromissos financeiros que lhe assegurem uma vida digna.

Toda esta ideia demonstra que o contrato de trabalho intermitente visa tão somente atender os anseios daqueles que detém o capital. Nos dizeres de Alves:

Trata-se, na verdade, de uma tentativa grave de ruptura dos paradigmas protetivos do trabalho contra o abuso do capital, o que, certamente, ensejara o empobrecimento da classe trabalhadora e, consequentemente, de todo o país. (ALVES, 2017, p.10).

Ao estipular o salário com base nas horas trabalhadas, o legislador incentiva o aumento da competitividade e, consequentemente, a “mão de obra barata”, não deixando opções ao trabalhador, senão a aceitação da oferta.

Todos estes malefícios decorrentes da remuneração variável, ocasional e incerta abarca também outros direitos que compõem o conjunto de verbas salariais. Isto porque, as parcelas como férias, 13º Salário e FGTS, como regra, são calculadas de acordo com a base salarial percebida pelo empregado. Assim sendo, estas parcelas no contrato de trabalho intermitente tendenciosamente terão valores inferiores.

Este problema se torna mais grave ainda quanto a contribuição à previdência social, pois, neste caso, a condição de segurado do INSS impõe a contribuição mensal de um valor mínimo para ser aceito para a manutenção da condição e o acesso aos benefícios da seguridade social. Portanto, caso o trabalhador intermitente não alcance esta base mínima de recolhimento, terá que completar o recolhimento com outros recursos, sob pena de desvincular-se do sistema previdenciário no referido período.

E os malefícios decorrentes desta modalidade contratual não se esgotam nestes destaques. Basta analisarmos o direito às férias assegurado no campo constitucional, no artigo 7º, inciso XVII,

correspondente ao “gozo de férias anuais remuneradas com pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”. Ocorre que, no caso do contrato de trabalho intermitente, por receber a parcela proporcionalmente às horas trabalhadas ao longo do período aquisitivo, uma vez de férias, o trabalhador intermitente não receberá nenhum salário.

Neste sentido, julga-se que a remuneração mensal do contrato de trabalho intermitente além de poder ser inferior ao mínimo legal, constitui uma situação desafiadora para aqueles que a recebem, no que concerne ao seu sustento, pois, estando de férias, obviamente terá que trabalhar em outra atividade para a obtenção de renda a cobrir as despesas do período correspondente. Deste modo, o direito à férias fica apenas disposto em lei, pois, na prática, o trabalhador não desfrutará deste descanso.

Outra violação passível de destaque refere-se à violação ao princípio de vedação ao retrocesso, que proíbe o legislador ordinário de instituir normas que visem abolir, ou reduzir direitos e garantias trabalhistas constitucionalmente asseguradas ao trabalhador. Pode-se afirmar que o contrato de trabalho intermitente representa um retrocesso social, pois, após o homem ter enfrentado penosas lutas para conquista de direitos civilizatórios, inclusive no que tange ao salário, retirando-o da condição de escravo e reconhecendo seus direitos trabalhistas, o legislador retrocede e institui um modelo de contrato que não prevê esta garantia. A desobediência a este princípio demonstra, mais uma vez, a natureza inconstitucional deste instituto.

Como se não bastasse a inexistência de garantia salarial, o legislador ordinário modificou outro direito, agravando o conjunto de flexibilizações e precarização das condições de trabalho aplicável ao contrato de trabalho intermitente, ao autorizar a estipulação de jornada móvel e variável.

No Brasil, o empregado contratado sob regime celetista se submete a uma jornada de trabalho estipulada pelo empregador no momento da contratação, ou seja, quando da contratação o trabalhador já sabe a qual jornada de trabalho estará submetido.

A jornada de trabalho decorre de uma tradição normativa proveniente do século XIX, ainda no início do processo de industrialização, onde trabalhadores expostos a jornadas excessivas, que chegavam a mais de doze horas diárias, reivindicaram, por meio de greves, a redução desta jornada, tendo conquistado este direito “à duras penas”, o que foi reconhecido à posteriori, na Constituição brasileira de 1934, reduzindo o limite de jornada de trabalho para oito horas diárias.

Em alinho à Constituição de 1934, a Constituição Federal de 1988 manteve assegurado no artigo 7º, inciso XIII, que a jornada de trabalho diária não será superior a 8 horas e observará o limite de 44 horas semanais, podendo, por meio de acordo ou convenção coletiva, ser reduzida ou compensada. Esta jornada é vista como regra e aplicada em grande parte dos contratos trabalhistas.

Diante da imposição constitucional, entende-se que ao estipular novo modelo de jornada de trabalho, que tem como principal característica a imprevisibilidade do momento em que irá laborar, bem como a ausência do limite máximo em que poderá laborar, pode se afirmar que o legislador infringe novamente o princípio de vedação ao retrocesso social, deixando de lado mais uma destas conquistas civilizatórias, transparecendo a natureza inconstitucional desta modalidade de contrato.

É notável que a jornada flexível visa tão somente o favorecimento da classe empregadora, vez que, em decorrência desta flexibilização, o empregador consegue a exacerbção de seus lucros, reduzindo ao mesmo tempo, seus custos, por não se responsabilizar pelo o período que o trabalhador permanece em espera, o conhecido “tempo à disposição”.

Vale ressaltar que, por inexistir jornada de trabalho fixa, o trabalhador permanece conectado à parte empregadora, na expectativa de que seja convocado ao trabalho, situação que o impede de se organizar frente às questões sociais e familiares.

Considerando que o trabalhador intermitente está sobre comando do empregador e que é ele quem decidirá quando este irá laborar e o tempo de duração deste labor, é certo que o trabalhador aproveitará todas as oportunidades de trabalho possíveis para conseguir atingir a renda mínima que lhe permitirá o custeio das necessidades básicas de sua família, pois é consciente de que neste contrato, jornada e salário estão diretamente interligados.

Toda esta situação obriga o empregado a cumprir jornadas exaustivas, a fim de aumentar seus ganhos, tendo em vista que, por poder prestar serviços a diversos tomadores, tenderá a assumir o máximo de vínculos possíveis, na expectativa de atingir o padrão remuneratório mínimo, o que poderá acarretar a precarização das garantias constitucionais.

Deste modo, tem-se que o novo modelo de contrato de trabalho caracteriza-se por ser flexível, incerto, variável e móvel, no que concerne à jornada de trabalho, fatores que contribuem para que haja perda da qualidade de vida do empregado, além de ocasionar impactos sociais negativos.

Ademais, a intensificação da jornada de trabalho contribui de forma significativa para a ocorrência de acidentes de trabalho, bem como de doenças ocupacionais. Esta intensificação decorre da ausência de intervalos entre uma jornada e outra, como as pausas para almoço, café, jantar, etc., intervalos estes que permitem ao trabalhador um período para se restabelecer, algo que não é assegurado na jornada do trabalhador intermitente.

Pesquisas científicas ao longo dos anos vêm comprovando a necessidade de se conceder tempo ao trabalhador para o descanso, afirmando que isto tem resultado eficaz, tanto para a empresa, como para o trabalhador. O tempo para o descanso tem por objetivo criar oportunidades para o investimento pessoal, seja na saúde, seja para o crescimento profissional, como a prática de cursos de aprimoramento e de ensino técnico e superior. Porém, em se tratando de empregado intermitente, isto se torna impossível, uma vez que está constantemente atrelado ao empregador, desconhecendo sua jornada e seu tempo de descanso.

Assim, nota-se uma atitude de desleixo por parte do legislador ordinário, quando desconsidera o trabalhador como parte hipossuficiente da relação empregatícia, e que, em virtude desta hipossuficiência, necessita ter seus direitos resguardados de forma expressa no ordenamento jurídico, necessitando saber de modo antecipatório qual jornada terá de cumprir.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa teve como objetivo analisar o novo modelo de contratação, o contrato de trabalho intermitente, inserido na Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 13.467/17 - Reforma Trabalhista, focando o estudo nas garantias justrabalhistas não asseguradas neste contrato.

A partir dos estudos realizados é possível concluir que o novo pacto formalístico, no modelo em que foi instituído, contém inúmeras lacunas, as quais não foram preenchidas pela lei, o que poderá favorecer a precarização do trabalho.

Entende-se que o contrato de trabalho intermitente é uma modalidade atípica, se comparado àquelas já existentes em lei, caracterizado por uma supressão de direitos e garantias existentes na ordem jurídica, algo notadamente prejudicial ao trabalhador.

As garantias previstas no contrato de trabalho intermitente se manifestam de forma incerta, pois não há certeza quanto ao percebimento de salário, férias, 13º salário, FGTS, dentre outras parcelas salariais, pois tudo dependerá da vontade do empregador em convocar o empregado, de acordo com a sua demanda, que poderá existir ou não.

Ademais, todas as parcelas do trabalhador intermitente estão correlacionadas às horas trabalhadas, algo que não dá garantias quanto ao montante certo a receber, nem ao menos do mínimo estipulado em lei, o que transparece a natureza inconstitucional do modelo contratual.

A modalidade remuneratória garantida pelo contrato contribui para o enriquecimento da classe empreendedora, em detrimento do empregado. Nisto, protege o empregador dos possíveis riscos e prejuízos que venha a sofrer, esquecendo de que, somente a ele cabe os riscos inerentes a atividade econômica.

Todos estes malefícios demonstram a insensibilidade por parte do legislador ordinário para com o empregado intermitente, o que, sem dúvida, é uma afronta à dignidade da pessoa humana, uma vez que retira dele a condição de sujeito de direito, e passa a enxergá-lo como “coisa”, nos remetendo ao fenômeno da coisificação denunciado na Revolução Francesa.

Indubitavelmente houve um enfraquecimento do argumento utilizado pelo legislador, de que, com a medida, se conseguiria a redução do desemprego e a formalização dos trabalhos informais, chamados de “bicos”. Entretanto, após alguns anos de vigência, inexiste comprovação científica de que esta medida tenha obtido resultados satisfatórios para os fins em que foi proposta.

Não se nega a necessidade de modernizar as normas trabalhistas, com o fim de se evitar o retrocesso social. Contudo, o que se percebe com o novo instituto é, na verdade, uma tentativa de desmonte das

normas trabalhistas, retirando direitos e garantias que fazem parte da conquista civilizatória obtida pela classe laboral mediante incansáveis lutas.

O contrato de trabalho intermitente prioriza a parte que detém maior capital, concedendo a este um maior poder de comando, que se estende para além do poder diretivo disposto em lei. O que se vê é uma constante tentativa de se dividir os riscos da atividade empresarial com o empregado, tratando o empregado como se ele estivesse em uma posição de equivalência com o empregador.

Ademais, o contrato rompe com princípios constitucionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que equipara o empregado a uma máquina, que sempre estará à disposição do empregador, quando assim este entender útil. Não obstante ao rompimento com os princípios fixados no campo constitucional, o contrato de trabalho intermitente também afronta os princípios que regem o Direito do Trabalho, como o princípio da proteção, o princípio da intangibilidade salarial, dentre outros já mencionados, situação que expõe o trabalhador a possíveis fraudes.

Em uma análise deste modelo contratual no direito comprado, como na Itália, Portugal e Reino Unido, é possível perceber a inaplicabilidade de forma eficiente deste contrato, bem como a precarização por ele desenvolvida. Contudo, a aplicação no direito português confere algumas garantias ao trabalhador, ainda que mínimas, como uma porcentagem remuneratória pelo tempo em que não houver demanda, além de exigir que em alguns períodos, haja prestação contínua de trabalho.

No entanto, o que se percebe é que, mesmo sendo o modelo brasileiro uma “cópia” dos contratos estrangeiros de mesmo teor, o legislador brasileiro optou apenas por importar regras benéficas à classe empregadora, não se importando, contudo, em fazer constar garantias equivalentes ao empregado.

Verifica-se que é necessário entender as características econômicas de cada país, e que estas, muitas vezes, exigem medidas particulares. Assim, ao importar este modelo contratual, o legislador não considerou as características individuais do Brasil, sendo necessário que novas regras sejam instituídas, com fins de evitar conflitos normativos, lesão a direitos e, consequentemente, numerosas ações judiciais.

No Brasil, a aplicabilidade do contrato de trabalho intermitente ainda caminha lentamente, talvez pelo desconhecimento por parte de algumas empresas e, por outro lado, da avaliação do trabalhador de que, diante da ausência de direitos, seja mais viável trabalhar informalmente do que estar subordinado a um contrato sem garantias.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri. Trabalho Intermitente e os Desafios da Conceituação Jurídica. 2017 Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150638>>. Acesso 12 mar. 2020.

ARAUJO, Eneida Melo Correia. O Contrato de Trabalho Intermitente Um Novo Contrato? . Ver. TST, São Paulo, v.84, n. 1, jan/mar 2018 Disponível em: <<https://uslaboris.tst.jus.br/>>. Acesso 12 mar. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Planalto. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucional/constitucional.htm>. Acesso 12 mar. 2021.

BRASIL. Consulta Pública Projeto de Lei da Câmara nº38, de 2017. Presidente da República. Disponível em: <www.senado.leg.br/ecidadania/>. Acesso em: 18 mar. 2020.



BRASIL. Lei Complementar 3.467/17, de 13 de julho de 2017. Palácio do Planalto. Presidente da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/11467.htm>. Acesso em 15 abr. 2021.

BRASIL. Medida Provisória nº808, de 14 novembro 2017. Presidente da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato20152018/2017/Mpv/mpv808.>> Acesso 120 mar. 2020.

BRASIL. Portaria Nº 349, de 23 de maio 2018. Ministério do Trabalho. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/Portaria/P349_18.html>. Acesso 02 mar. 2020.

BRASIL. Projeto de Lei Senado nº472, 2017. Senado. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-perfil/635>>. Acesso 06 mai. 2020.

COLNAGO, Lorena de Melo Rezende. Trabalho Intermítente- Trabalho "Zero Hora"-Trabalho Fixo Descontínuo. 2019 Disponível em: <<http://juslabori.tst.jus.br/handle/20.500.12178/12178/123410>>. Acesso 24 abr. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso Direito do Trabalho. 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, DELGADO, Mauricio Godinho e Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil Com os Comentários À Lei nº13.467/2017. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

FRAGA, Ivana de Oliveira. A "COISIFICAÇÃO" do Humano Nas Práticas Biotecnológicas Como Herança da Modernidade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3451.pdf>>. Acesso 12 mai. 2020.



GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso Direito do Trabalho .13ª ed. Rio de Janeiro: Foresense, 2018.

ITALIA, Ministero del lavoro e delle politiche Sociali. Lavoro Intermitente o a chiamata. Disponível em: <<https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/pagine/Contrato-di-lavoro-intermitente-o-a-chiamata.aspx>>. Acesso 05 mai. 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 34ª ed. São Paulo; Saraiva, 2018.

NACIF, Cynthia Mara Lacerda, Souza, Miriam Pereiras de. Reflexões Sobre a Aplicação do Trabalho Intermitente no Trabalho Doméstico. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/145513>>. Acesso 15 mai. 2020.

NASCIMENTO, NASCIMENTO, Amauri Mascaro e Sônia Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOUGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. Contrato Intermitente na Reforma Trabalhista: Um contraponto com o modelo Italiano. 2017 Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178125435>>. Acesso 08 abri. 2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em :<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso 15 abr.2020.

PATRICÍA, Maeda. Contrato de Trabalho Intermitente .2019 Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4660411/modresource/content/1/intermitentevis%C3%A3ocritica.pdf>>. Acesso 08 abri. 2020.



PORUTGAL, Lei n.º 7/2009 de 12 de fevereiro. Código do Trabalho. Assembleia da República. Disponível em: <http://cite.gov.pt/pt/legis/CodTrab_indice.html>. Acesso 18 abr.2021.

ROMAR, Carla Tereza Martins. Direito do Trabalho esquematizado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

SALES, Alan Jorge P.; OLIVEIRA, Débora da Silva. Trabalho Intermitente Entre a Inovação e a Precarização. Rev. do Trib. Reg. Trab. 10ª Região, Brasília, v. 22, n. 2, 2018 Disponível em:<<http://www.trt10.jus.br/>>. Acesso 15 de abr. de 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Reforma Trabalhista- Contrato Intermitente é Inconstitucional. 2017 Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/strek-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>>. Acesso 08 mai. 2020.

VEIGA, Aloysio Correa. Reforma Trabalhista e o Trabalho Intermitente. 2019 Disponível em: <<https://juslabori.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150672>>. Acesso 23 abr.2020

ZERO, Marcelo. Alguns Dados Sobre o Contrato de Trabalho Intermitente no Reino Unido. 2017 Disponível em: <<https://www.josepimentel.com.br/sites/default/files/notas-tecnicas/alguns-dados-sobre-o-trabalho-intermitente-no-reino-unido.pdf>>. Acesso 11 maio. 2021.

A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO E O RECEIO DO OPERADOR DE DIREITO

Rosana Lucinda Lopes¹

RESUMO: O presente trabalho trata do acesso à justiça brasileira, cada vez mais sobrecarregada devido à cultura litigante, gerando uma grande demanda para o poder judiciário e como consequência aumentando a morosidade da justiça, necessitando de outros meios alternativos para amenizar a crise judiciária instalada. Objetivando-se dar respostas satisfatórias a todos àqueles que buscam por justiça, que atenda as necessidades da sociedade faz-se necessário o uso de outros meios alternativos de solução de conflitos como a conciliação e a mediação como uma possível solução para desafogar o judiciário tão sobrecarregado de demandas. Sendo os operadores de direito os principais disseminadores dessas ferramentas para a sociedade, em busca de uma justiça mais célere e eficiente. A metodologia utilizada para a realização do presente trabalho fora o método dedutivo, utilizando-se de pesquisas bibliográfica, pesquisas de campo e sites, o resultado obtido fora que falta incentivo ao uso dos meios alternativos de solução de conflitos por parte dos operadores de direito, sendo ainda pouco usados, devendo ser mais bem exploradas e incentivadas pelo Estado.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Mediação. Conciliação. Justiça brasileira. Meios alternativos de resolução de conflitos.

¹ Advogada. E-mail: rosanalopes.advogada@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se um momento de descontentamento com o Poder Judiciário, a estrutura do Estado não consegue atender às expectativas e anseios da sociedade, necessitando de outros meios alternativos para solucionar os conflitos. O presente estudo tem como objetivo analisar o porquê da morosidade da justiça brasileira e apresentar alguns meios alternativos de acesso à justiça, em especial a conciliação e a mediação em busca de uma prestação jurisdicional mais eficaz.

Num primeiro momento se abordará a crise do Judiciário, em seguida os institutos da Mediação e Conciliação, como meios alternativos para a solução de conflitos, as vantagens ofertadas por tais meios e a utilização destes métodos pelos operadores de direito.

Os métodos consensuais de solução de conflito diante de sua relevância são pouco explorados, por prevalecer ainda muito forte a cultura litigante, ficando a cargo de o Estado expandir a utilização dos métodos consensuais de conflito.

Sendo de grande relevância desmistificar o tema, mostrar as vantagens e ressaltar o papel do advogado dentro desse novo panorama e a necessidade de quebrar o preconceito que existe entre os advogados com relação à temática. Demonstrando que o operador de direito não perde o seu valor, não perde o mercado de trabalho e ainda pode antecipar o recebimento de honorários, porque o conflito pode ser resolvido de forma mais rápida.

Há uma grande barreira a ser enfrentada, qual seja, a cultura da litigância versus as novas ferramentas de resolução de conflitos. Os operadores do direito precisam romper paradigmas e olhar prospectivamente para as soluções alternativas. Sem o incentivo aos métodos consensuais pelos magistrados e advogados, as partes sentirão inseguranças para utilizarem os novos métodos.

A grande controvérsia jurídica que se apresenta é o pouco uso destes institutos até o momento e a falta de incentivo a essas práticas, por parte dos operadores do Direito e do Estado.

A metodologia utilizada fora o método dedutivo através de pesquisa bibliográfica, pesquisa de campo e consulta a sites.

2. A IMPORTÂNCIA DA UTILIZAÇÃO DE MÉTODOS ALTERNATIVOS NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 O papel do operador de Direito

Em razão da incapacidade estatal que o Poder Judiciário se encontra é de grande importância que haja a utilização dos meios alternativos de solução de litígio pelos operadores de direito em busca de uma justiça que atenda as necessidades da sociedade.

Vejamos o que alguns renomados operadores do direito o que declaram sobre as formas alternativas de solução de conflitos em busca de uma mudança cultural de litigância da sociedade brasileira, a seguir: “há necessidade de se debelar a cultura ‘judicialista’ que se estabeleceu fortemente no país, segundo a qual todas as questões precisam passar pelo crivo do Judiciário para serem resolvidas...” (Min. Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal, em seu discurso).

O autor traz a importância que haja uma mudança na cultura de litígio em meio à sociedade brasileira, só com uma mudança de cultura na forma de solução de conflitos, optando pelos métodos alternativos como a primeira opção de solução de conflitos e o litígio como ultima opção, desse modo à sociedade terá uma justiça com mais qualidade no País.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, sobre a Justiça consensual no Brasil:

O futuro da conciliação e da mediação é muito promissor. Mas depende de uma séria vontade política, da disseminação e institucionalização dos Cejuscs pelos tribunais, da capacitação rigorosa e da reciclagem constante de conciliadores e mediadores, de sua profissionalização (que inclui a remuneração) e do abandono de técnicas que, embora adotem o rótulo de conciliação, nada mais são do que métodos de cobrança de dívidas, em que inexistem o verdadeiro diálogo e a decisão informada (GRINOVER, 2015).

No Brasil como em todo o mundo as formas de soluções de conflito estão em crescimento, como podemos ver na declaração do Ministro Lewandowski:

“Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida”.

Sendo de grande relevância para uma justiça mais célere, que toda a população colabore e caminhe no mesmo sentido de optar por métodos alternativos na busca por justiça. Nesse mesmo entendimento traz sua opinião, André Gomma Azevedo:

Discutir a questão do pleno acesso à justiça em nosso País, por meio de estímulo da utilização de outras opções para o apaziguamento de conflitos, configura-se como uma das grandes prioridades da Ordem. Nossa entidade é detentora da missão de defender o Estado Democrático de Direito, e um dos pilares fundamentais que o sustentam é justamente a garantia de um acesso igualitário à justiça, que gera a produção de resultados jurídicos justos e céleres, de modo que todos os brasileiros e brasileiras sejam pela justiça contemplados. (AZEVEDO, 2016, p.17).

De acordo com o autor a Ordem dos advogados do Brasil também é a favor da utilização destes métodos consensuais de solução de litígios, instigando o acesso desde a graduação, por meio de inserção de tais disciplinas nos cursos de direito e a cobrança de tais matérias nos exames da Ordem, em busca da disseminação da mudança da cultura litigante.

Com o empenho do Conselho Nacional de Justiça em divulgar a utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, traz o seguinte relato a respeito dos métodos alternativos de resolução de conflitos:

O Conselho Nacional da Justiça (CNJ), criado e instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, reconhecendo os problemas enfrentados pelo Judiciário de todo o país, realizou campanhas com o objetivo de enfatizar as vantagens da solução pacificadora dos conflitos e da importância da figura do Conciliador e Mediador nesse mister, admitindo-se, ainda, que, como instrumentos alternativos, tenham o condão de dirimir controvérsias existentes entre as partes, sem que para isso fosse necessária, em alguns casos, a intervenção estatal. Com efeito, em 23 de agosto de 2006, foi lançado o “Movimento pela Conciliação”, cujo principal objetivo foi incentivar o Judiciário ao uso da Conciliação, e estimular as populações a se servirem deste mecanismo, alcançando, assim, a alteração de uma cultura litigiosa para uma cultura pacificadora, enfatizando ser preferível um acordo razoável a uma melhor sentença, já que nesta não haverá solução, e sim a satisfação somente de uma das partes, resultando, muitas vezes, em maior conflituosidade. (CNJ, 2015).

A conciliação e a mediação judiciais estão hoje previstas também pelo CPC de 2015 e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Juntamente com a Resolução CNJ n. 125, o novo CPC e a Lei de Mediação formam os métodos consensuais de solução de conflitos, tudo isso em busca da proteção do direito de acesso a justiça de forma a diminuir o excesso de tempo que se espera no judiciário brasileiro, incluindo novas alternativas de solução de conflitos, ao alcance de toda a sociedade. (CPC, 2015).

2.2 O Receio dos Advogados

Apesar da cultura do litígio ainda estar muito enraizada no meio dos operadores do direito, há um crescimento no uso da conciliação e mediação com um forte apelo da população por uma justiça mais célere. Para o advogado é preciso amadurecer a ideia de que ser um bom profissional do direito, não significa incentivar os litígios, sendo que o maior objetivo é buscar a solução dos conflitos, e a solução do conflito pode estar no acordo entre as partes. Encontrando no acordo uma solução mais rápida e eficaz. De acordo com Flávio Crocce Caetano (Secretário de Reforma do Judiciário):

A discussão sobre a função do advogado nos procedimentos de mediação e a ética, que esses exigem, propicia a reflexão sobre as oportunidades profissionais que se abrem no mercado para profissionais treinados não só na tradicional litigância jurisdicional, como também propiciam nas boas técnicas de diálogo e acordo. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASIL, 2014).

O receio do advogado quanto a sua função dentro das autocomposições ainda não está bem evidente para o advogado de que forma, como poderá atuar e quais benefícios terá em utilizar a composição extrajudicial, devendo ser mais bem exploradas e incentivadas pelo Estado.

O Código de Ética e Disciplina da OAB prevê em seu artigo 2º, inciso VI que dentre os deveres do advogado está “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Já a Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010 “estimula que os próprios órgãos judiciais estatais ofereceram mecanismos de soluções de controvérsias, em especial, os chamados meios consensuais, tais como a mediação e a conciliação”.

Há, sem dúvida, a necessidade de mudança de cultura abandonando-se a litigiosidade e a solução via julgamento, para se migrar para a cultura da paz e, em prol dos ideais da justiça restaurativa. Ainda de acordo com o Manual de mediação de conflitos para o Advogado:

O papel do advogado não se esgota nas instâncias jurisdicionais, ou seja, que a sua missão não se completa com a sentença judicial. Quando dissemos ser o advogado materialmente indispensável à administração da Justiça, queremos sublinhar que sua atividade profissional se estende para muito além dos expedientes tipicamente judiciais. O advogado é, essencialmente, o profissional recomendado para conduzir, de forma parcial, o processo de construção de soluções para as desavenças enfrentadas por seus clientes. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASIL, 2014)

O advogado deve buscar a capacitação e o aperfeiçoamento das técnicas de comunicação e negociação de forma a auxiliar seu cliente, na obtenção de resultados céleres, úteis, eficazes. E muitas dessas habilidades requeridas, infelizmente, não são adquiridas na formação acadêmica, mas são possíveis de serem conquistadas pela prática pessoal e profissional, com a influência de saberes interdisciplinares, bem como através de formação específica atinente a mudança de cultura.

O advogado preparado não adota uma postura combativa, mas sim colaborativa para a busca da melhor solução, segundo o Manual de mediação de conflitos para o Advogado:

Os advogados que lhas acompanham, por sua vez, precisam ter capacidade técnica exigindo uma adaptação comportamental e estratégica do profissional da advocacia, visto serem as características desse procedimento diferentes daquelas que permeiam o processo judicial. A flexibilidade desse método alternativo de solução da lide, ante a maior participação e controle das partes em relação resultado dos debates, exige um profissional criativo e com aprimoradas habilidades de negociação, além de outras competências (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASIL, 2014).

O diálogo mútuo faz com que a mediação requeira uma postura colaborativa do advogado, que continua a atuar na defesa do interesse do cliente. Mas, não diante de uma arena e nem de um ringue, mas num plano cooperativo de diálogo.

Para Aldemar de Miranda Motta Júnior, a respeito do pronunciamento do Ministro Lewandowisk e a importância sobre dos métodos adequados de resolução de conflitos:

Em boa hora e de forma feliz, posicionou-se o Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowisk, em seu discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal – na data de 10/09/2014, sobre os métodos adequados de resolução de conflitos, verbis: Procuraremos, igualmente, estimular formas alternativas de solução de conflitos, compartilhando, na medida do possível, com a própria sociedade, a responsabilidade pela recomposição da ordem jurídica rompida, que, afinal, é de todos os seus integrantes. Referimo-nos à intensificação do uso da conciliação, da mediação e da arbitragem, procedimentos que se mostram particularmente apropriados para a resolução de litígios que envolvam direitos disponíveis, empregáveis, com vantagem, no âmbito extrajudicial. A validação da utilização dos métodos “alternativos” ou, como preferimos, “eficazes/adequados” de resolução de conflitos pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal fecha a cadeia virtuosa dos operadores do Direito, como que com chave de ouro. Este posicionamento do Presidente do STF, em seu discurso de posse, terá o condão, entre outras tantas consequências positivas, de quebrar eventual resistência à sua adoção. A toda evidência, não há antagonismo entre os métodos extrajudiciais de solução de conflitos e a jurisdição, mas parceria verdadeiramente solidária, a propiciar a entrega do justo direito à sociedade, buscando como última finalidade sua pacificação. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA BRASIL, 2014).

Aos advogados, muito dos quais resistentes a essas modalidades de solução de conflitos restará se adaptarem as essas ferramentas consensuais, se especializando para o melhor desempenho da atividade profissional para uma justiça de maior qualidade para a sociedade brasileira.

2.3 A Contribuição do Advogado para a Conciliação e a Mediação

De acordo com o manual de mediação de conflitos para advogados, é de grande relevância que os advogados utilizem aos métodos alternativos se solução de conflitos:

É reconhecendo o grande valor desses métodos alternativos de solução de conflitos que a Ordem analisa a inserção da mediação, da conciliação e da arbitragem na lista dos conteúdos do Exame de Ordem, bem como na grade curricular dos cursos de Direito existentes no Brasil. O advogado é essencial para difundir essa cultura da mediação, pois detém a grandiosa responsabilidade de zelar pela defesa da democracia e pela eficiência do sistema judiciário. Seja no cotidiano dos escritórios ou na prestação de consultorias, seja na relação com clientes e com outros colegas de profissão, o advogado precisa dispor de ferramentas que lhe permitam identificar o conflito e, ao mesmo tempo, avaliar qual seria o melhor remédio para saná-lo. (Ministério da Justiça, Brasil, 2014)

A presença do advogado é muito importante para à mediação e a conciliação, mas caso as partes não tenham interesse a presença do advogado é dispensável, apesar da Constituição brasileira vigente determina que o advogado seja indispensável à Justiça, sendo que a mediação e a conciliação não necessariamente precisam estar acompanhadas por um advogado, mas com a presença do advogado ele poderá dar seu cliente maior credibilidade diante de propostas e acordos, além de que caso se faça necessários esclarecimentos referentes às leis. Tal previsão da parte poder optar por ter ou não um advogado faz com que uma grande maioria dos advogados fique com certo preconceito diante de tais ferramentas.

De acordo com o manual de mediação de conflitos para o advogado, o advogado deve se qualificar, para oferecer um serviço de qualidade a seu cliente:

Naturalmente, diversas disputas exigem o exercício jurisdicional do advogado. Contudo, outras tantas podem ser solucionadas por meio da composição, cabendo ao advogado oferecer aos seus clientes também as suas qualidades, habilidades e conhecimentos como mediador e como negociador. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Caso uma das partes esteja acompanhada por um advogado e a outra não, deverá ser analisado pelo mediador ou conciliador se há proporcionalidade de igualdade, ficando a seu critério em prosseguir ou não, caso a parte desacompanhada fique em desvantagem deverá ser suspenso para constituir um advogado.

Ainda de acordo com o manual de mediação de conflitos para advogados, o advogado deve se adequar as necessidades de seu cliente a depender de cada caso:

Aqui, a função do advogado é reinaugurada, pautada agora não mais tanto pela imagem do advogado enérgico – esta tantas vezes necessária para assegurar os direitos de seus clientes –, e sim redesenhada sob os auspícios de uma advocacia resolutiva, capaz de dialogar e, com o auxílio das próprias partes, facilitar a construção de soluções consensuadas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014).

Para que este preconceito seja quebrado é necessária à inserção de matérias na grade curricular dos bacharéis em direito, o que deve ser trabalhado nesta geração para que vejam essas novas ferramentas como aliadas em busca pelo ideal de justiça que não mais significa dar a cada um, o que é seu, mas atender a cada um dentro do possível que fique bom para todos os envolvidos com mais celeridade e eficiência.

A presença da advocacia nas sessões de mediação e conciliação reforça a importância desses instrumentos. Esses profissionais dão segurança a todas as decisões judiciais. Relativizar sua imprescindibilidade é dizer ao cidadão que sua causa é menor. Não existe direito menor. A busca pela Justiça, por qualquer meio, deve sempre contar com o respaldo técnico e a confiança trazida pelos profissionais da advocacia. (OAB-MS, 2018).

É nítido que para as partes, a presença do advogado faz com que se sintam mais confiantes para que faça um acordo com todo o respaldo jurídico, indispensável para que se possa tomar uma decisão com mais segurança.

2.4 A utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos como aliada do advogado

O advogado deve estar em harmonia com o espírito cooperativo que tanto caracteriza os mecanismos autocompositivos. Sendo concluída a mediação ou a conciliação de forma satisfatória, impõe-se a necessária redação do acordo, dotado de cláusulas precisas e objetivas, a fim de se evitar os conflitos futuro, além do que, caso a mediação, não alcance o seu objetivo que é a resolução do conflito, poderá inclusive eliminar os pontos de controvérsia e, favorecer além de facilitar a futura retomada dos entendimentos.

O Conselho Federal da OAB possui ainda uma Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem (CEMCA) que instituiu órgão consultivo para atuação juntamente com o Colégio de Presidentes de Comissões de Mediação e Arbitragem das Seccionais Estaduais da OAB e entidades nacionais que também reúne as Comissões Seccionais e as entidades de âmbito nacional.

O Ministro Luiz Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, fez uma ponderação interessante:

“O advogado do futuro não é aquele que propõe uma boa demanda, mas aquele que a evita. As medidas extrajudiciais de resolução de conflitos estão se tornando uma realidade a cada dia e vão impactar nas funções do advogado, que passará de defensor a negociador”. (Ministro Luis Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em palestra no dia 11/8/2016, Dia do Advogado, no 7º Congresso Brasileiro de Sociedades de Advogados, promovido pelo Sindicato das Sociedades de Advogados dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro – Sinsa – na capital paulista). (FECEMA, 2016)

O texto acima mostra a importância que os meios alternativos de solução de conflitos têm ganhado na vida do advogado, o que tem levado a advocacia a reinventar-se no Brasil. Isto porque, a função do advogado é também, e especialmente, resolutiva, é dizer, o cliente o procura porque tem um problema, e sua função é encontrar a melhor forma de resolver esse problema, o que foi fortemente impactado pelas recentes mudanças normativas.

Enfim, os advogados e advogadas brasileiras devem se comprometer e não medir esforços no sentido de se capacitar também para a cultura do não litígio, e para concretização da cultura da paz e voltada para a justiça restaurativa, sempre pautada no consenso e na colaboração a fim de que estejam habilitados para propiciar a solução do conflito não apenas pela via judiciosa, mas, principalmente, pela negociação, mediação ou conciliação bem como outro método compositivo que se mostre adequado.

O advogado deve, portanto, ser capaz de promover a efetividade da justiça e da pacificação social.

3. MUDANÇAS NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS

3.1 O papel do advogado e o caminho para a celeridade processual

As mudanças nas soluções de conflitos devem vir por vontade da sociedade, já que as soluções consensuais são compostas por concordância das partes, e não da imposição do Estado. Legitimando assim o Direito popular, garantindo a sociedade o acesso democrático em busca de seu direito acompanhado por um advogado bem instruído, alcançará uma resolução célere, pessoal e justa para os seus conflitos.

De acordo com Marcus Vinícius Furtado Coelho (Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil), para que essa mudança ocorra faz-se necessário, incentivos ao profissional do direito:

A OAB, atenta ao panorama judiciário brasileiro, conta com uma douta Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem voltada ao aperfeiçoamento e ao incentivo da adoção de formas alternativas de resolução de conflitos. A iniciativa de instituição desse colegiado evidencia a atividade contínua e persistente de nossa entidade pelo aprimoramento do Judiciário e pela garantia do acesso à Justiça. (Ministério da Justiça, Brasil, 2014)

Desta forma o papel do operador de direito é primeiramente ter a certeza de que esses métodos são a melhor alternativa na busca por uma justiça mais eficiente, devendo buscar conhecer qual método caberá em cada caso para que possa utilizá-lo da melhor forma possível, na análise de cada caso concreto.

De acordo José Eduardo Carreira Alvim, assim o define celeridade processual:

[...] Celeridade significa que o Processo deve ser rápido, e terminar no menor tempo possível, por envolver demandas economicamente simples e de nenhuma complexidade jurídica, a fim de permitir ao autor a satisfação quase imediata do seu Direito. Os hipossuficientes não podem aguardar uma solução demorada, pois quase sempre lutam em juízo pelo essencial para a manutenção a sua sobrevivência. (Alvim, 2002, p. 14).

Nota-se que a justiça morosa perde seu papel de justiça a partir do momento que se prolonga gera insatisfação ao autor e ainda se torna economicamente inviável. Essa demora é ainda mais preocupante no caso dos hipossuficientes, onde muitas das vezes não dispõe de recursos para o próprio sustento, necessitando de uma justiça rápida.

Desta forma a celeridade processual deve ser objeto de maior atenção por parte do Estado, fazendo com que os operadores de direito enxerguem que através de métodos alternativos de resolução de conflitos é possível um resultado mais satisfatório para as partes envolvidas.

3.2 Análise da entrevista realizada com o professor Franco Giovanni Mattedi Maziero

De acordo com o professor Franco Giovanni Mattedi Maziero o cenário atual para que busca a justiça brasileira, percorrem um demorado caminho em decorrência do grande número de processos em contrapartida ao pequeno numero de juízes. Mas deve ser levado em conta que o acesso à justiça não está ligado somente ao judiciário, havendo outras formas extrajudiciais de solucionar os conflitos. Sendo estes métodos alternativos uma solução em meio à morosidade judiciária.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos podem contribuir para a melhoria do acesso a justiça de forma a garantir o direito fundamental de acesso à justiça, previsto na constituição o qual diante da morosidade atual não tem sido respeitado. E através de tais alternativas é possível que se construa uma resolução rápida e eficaz para o conflito.

O papel do advogado na utilização desses métodos alternativos de resolução de conflitos tem papel fundamental, já que o advogado é indispensável à justiça, analisando o melhor método a ser utilizado de acordo com cada caso.

Cabe ao operador de direito expor as possibilidades em busca de solucionar o conflito, que não há somente o poder judiciário para solucionar o conflito, demonstrando o método que melhor se adéqua ao conflito.

Sendo fundamental que o advogado demonstre ao seu cliente que a ferramenta escolhida não será aquela que lhe renderá maiores honorários e sim aquela que solucionará o conflito de maneira eficaz.

Assim o futuro da advocacia no Brasil em longo prazo é promissor, levando em consideração a mudança na cultura de litígio, adotando a utilização destes métodos de forma habitual, será possível obter resultados eficientes.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existem dúvidas da sobrecarga do Poder Judiciário, tão pouco do grau de insatisfação dos litigantes. Isto porque, a litigância ainda é muito forte na sociedade brasileira, abarrotando o poder judiciário com situações que poderiam ser solucionadas de forma amigável por meio de métodos alternativos de resolução de conflitos.

A conciliação e a mediação podem e devem fazer a diferença, como uma proposta diferenciadora para a solução dos conflitos, onde as partes em conjunto, estimuladas por um facilitador (mediador/conciliador), construirão de comum acordo a melhor alternativa para a resolução do conflito.

Deve-se observar que a contribuição da conciliação e da mediação dependerá do operador do direito para apresentar a sociedade tais ferramentas como primeira opção, atendendo o direito constitucional de acesso à justiça rápida e eficiente, proporcionando resultados justos e descongestionando os tribunais.

As soluções alternativas de conflitos são procedimentos eficazes, podendo ser observados pelo grande numero de acordos alcançados, e consequentemente a satisfação das partes em ter seu conflito solucionado de forma rápida.

Sendo desta forma muito importante para o futuro da justiça brasileira, o incentivo por parte do Estado por meio dos operadores de direito a pratica de tais métodos alternativos de acesso a justiça, esquecendo a litigância e implantando a pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais comentada e anotada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

AZEVEDO, André Gomma de. Manual de mediação judicial. 6. ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da Silva. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15). Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 jun. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília, DF: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 25 mar. 2018.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O futuro da conciliação e mediação no Brasil é promissor, avalia especialista. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81029-futuro-da-conciliacao-e-mediacao-no-brasil-e-promissor-avalia-especialista.>> Acesso em: 10 maio. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010/>. Acesso em: 10 maio. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125/2010. Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010.pdf>. Acesso em: 10 maio. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. Revista LTr, São Paulo, v. 66, n. 6, p. 665, jun. 2002.

EXAME. Por que a justiça brasileira é lenta? São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/por-que-a-justica-brasileira-e-lenta/>>. Acesso em: jun. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CAPPELLETTI, Mauro. Novas tendências do direito processual. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi. Manual da advocacia colaborativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.



RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. A reforma do poder judiciário: análise do papel do STF e do CNJ. São Paulo: Atlas, 2014.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Mediação como meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução nº 125 do CNJ. Âmbito Jurídico, São Paulo, mar. 2015. Disponível em:<<https://ambitojuridico.com.br/>> Acesso em: 10 maio. 2021.