

Anais do X Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais

Volume II: Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão



X SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

ANAIS VOLUME II: DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO ISSN 2525-2682

CAPA:

View of the Golden Bend in the Herengracht
Gerrit Adriaensz Berckheyde (1658-1698), oil on panel, 1671-1672

LOCAL:

Plataformas Zoom e Google Meet.

ORGANIZAÇÃO:

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos, Instituições e Negócios
(PPGDIN/UFF)

APOIADORES:

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Empresarial e Cidadania do Centro
Universitário (UNICURITIBA)

Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI)

Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)

COMISSÃO CIENTÍFICA

A Comissão Científica será presidida pelos Professores Dra. Célia Barbosa Abreu, Dr. Fábio Carvalho Leite, Dr. Manoel Messias Peixinho, Dr. Tauã Lima Verdan Rangel e Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, sendo composta pelos seguintes membros: Alexander Seixas da Costa; Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva; Carla Appolinário de Castro; Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos; Daniela Juliano Silva; Eder Fernandes Monica; Fernanda Pontes Pimentel; Fernando Gama de Miranda Netto; Gilvan Luiz Hansen; Giselle Picorelli Yacoub Marques; Livia Pitelli Zamarian Houaiss; Marcelo Pereira de Almeida; Marcus Fabiano Gonçalves; Mônica Paraguassu; Ozéas Corrêa Lopes; Paola de Andrade Porto; Pedro Curvello Sáavedra Azvadarel; Pedro Paulo Carneiro Gasparri; Rafael Bitencourt Carvalhaes; Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro; Wanise Cabral Silva.

COMISSÃO EXECUTIVA

A Comissão Organizadora será presidida pelos Professores Dra. Célia Barbosa Abreu, Dr. Fábio Carvalho Leite, Dr. Manoel Messias Peixinho, Dr. Tauã Lima Verdan Rangel e Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, sendo composta pelos seguintes membros: Alex Assis de Mendonça; Alexander Seixas da Costa; Bernardo Henrique Pereira Marcial; Daniel Fernandes Ferreira; Eduardo Langoni de Oliveira Filho; Fabíola Vianna Moraes; Fabrícia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy; Fernanda Franklin Seixas Arakaki; Flávia Jeane Ferrari; Flávia Dantas Soares; Lara Duque Soares; João Pedro Schuab Stangari Silva; Joyce Abreu de Lira; Karina Abreu Freire; Lara Helena Luiza Zambão; Leonardo Martins Costa; Nélio Georgini da Silva; Pedro Paulo Carneiro Gasparri; Priscila Medeiros Terra Pinto; Rafael Bitencourt Carvalhaes; Rinara Coimbra de Moraes; Rebeca Cordeiro da Rocha Mota; Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes; Tatiana Fernandes Dias da Silva; Taís Silva; Thiago Villar Figueiredo; Vitor Oliveira Rubio Rodrigues.

EDITORAÇÃO, PADRONIZAÇÃO e FORMATAÇÃO DE TEXTO

Célia Barbosa Abreu (PPGDIN/UFF)

Tauã Lima Verdan Rangel (FDCI)

CAPA e DESIGNER GRÁFICO

View of the Golden Bend in the Herengracht - Gerrit Adriaensz Berckheyde (1658-1698),
oil on panel, 1671-1672 - Designer: João Pedro Schuab Stangari Silva

CONTEÚDO, CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

É de inteira responsabilidade dos autores o conteúdo aqui apresentado.

Reprodução dos textos autorizada mediante citação da fonte.

SUMÁRIO

Apresentação	6
Célia Barbosa Abreu, Fábio Carvalho Leite, Manoel Messias Peixinho, Tauã Lima Verdan Rangel & Viviane Coêlho de Séllos Knoerr	
Decisão judicial em direitos fundamentais- uma releitura pós-modernista pela aplicação da “theory of neutral principles of constitutional law”	13
Luciano Andraschko	
A virtualização do Tribunal de Justiça da Bahia na conjuntura pós-pandêmica: o impulsioneamento histórico.....	36
Maria Júlia Santos Barbosa & Pedro Germanos dos Anjos	
A (in)eficácia do princípio da igualdade sob a ótica do posicionamento feminino no mercado formal de trabalho	73
Andressa Cássia de Sousa Duarte, Fernanda Mendes da Cruz & Pedro Arruda Junior	
Saúde suplementar: desafios da saúde e do consumidor num ambiente protagonizado pelo desenvolvimento financeiro	92
Gleison Heringer Vieira Domingues	
Sexualidade no direito e o direito na sexualidade: reflexões iniciais à delimitação da locação “direitos sexuais”	109
Bruna Teixeira Jara, Sara Borges Penna & Tauã Lima Verdan Rangel	
Lei 10.639/03 no Ensino Superior: breve análise da grade curricular do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense	155
Pérola Campos da Mota Xavier Goulart & Letícia de Andrade Costa	
A importância das políticas públicas em saúde mental nas escolas: entre avanços e retrocessos a partir da Lei 14.819/2024.....	175
Nicolí Francieli Gross & Lavinia Rico Wichinhesk	
Reforma trabalhista, atuação da categoria metalúrgica de Juiz de Fora e novas pautas para a democracia do trabalho.....	186
Isadora Tavares Mantovani, Karen Artur & Renata Oliveira Lucas	

A alimentação enquanto direito fundamental: pensar o reconhecimento do direito humano à alimentação adequada à luz da dignidade da pessoa humana.....	207
Gabriel Ferreira Smarzaró & Tauã Lima Verdan Rangel	
As implicações da ausência de educação e tecnologias na cidadania, no contexto brasileiro de desigualdades	235
Gabriela de Moraes Neves, Ludmila Cunha da Silva & Marco Aurélio Lagreca Caramasso	
Algoritmos, direitos fundamentais e responsabilidade civil do empregador: o impacto da ia no ambiente de trabalho	247
Daniel de Moura Oliveira	
Análise das loot boxes e a sorte à luz do marco legal dos jogos eletrônicos.....	274
Antonio Pedro Rego da Cunha Pedrosa & Larissa Rocha de Paula Pessoa	
O Direito ao planejamento familiar enquanto expressão dos direitos reprodutivos: pensar a temática à luz do contexto da Constituição Federal de 1988	303
Isabela Vargas Teixeira & Tauã Lima Verdan Rangel	
O assédio moral nas relações de trabalho.....	339
Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos & Fernanda Pontes Pimentel	
Greve: um direito humano fundamental dos servidores públicos civis da União	351
Wladimir Tadeu Baptista Soares	
Ativismo judicial na responsabilidade solidária em saúde: entraves ao federalismo cooperativo para a eficácia do direito fundamental.....	368
Beatriz Mota Torres, Luiza Vieira Larchert & Pedro Germano dos Anjos	
Reconhecimento de pessoas no inquérito policial e instrução processual penal: entre racismo e política criminal predatória	388
Lavinia Rico Wichinheski, Douglas Cesar Lucas & Nicoli Francieli Gross	
Saúde e direitos fundamentais em um diálogo necessário: pensar a temática a partir de uma perspectiva da dignidade da pessoa humana	405
Pietro Altoé Bruschi & Tauã Lima Verdan Rangel	

APRESENTAÇÃO

Os presentes Anais são um produto do X Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais, que é um evento anual, de iniciativa do grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais/UFF, cadastrado no CNPQ, sob a liderança da Professora Dra. Célia Barbosa Abreu, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios/UFF, no ano de 2024 com especial apoio do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), representado pelo Professor Dr. Fábio Carvalho Leite; do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania – do Centro Universitário (UNICURITIBA), representado pela Professora Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr; da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim, representado pelo Professor Dr. Tauã Lima Verdan Rangel; além do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), representado pela pessoa do Professor Dr. Manoel Messias Peixinho (PUC-Rio, UCAM).

Neste ano, optou-se mais uma vez pela realização do colóquio no formato on-line, diante da ausência de financiamento e do fato de se tratar de um evento totalmente gratuito. Ademais, decidiu-se, no âmbito das palestras, priorizar debates acerca das Novas Tecnologias e das Vulnerabilidades, sendo recebidas, no entanto, apresentações/comunicações de pesquisas em torno dos mais variados temas de direitos humanos e fundamentais nos grupos de trabalhos. O simpósio foi marcado para os 03 e 04 de junho de 2024, contando, portanto, com a participação de juristas estrangeiros e brasileiros nas palestras e nos grupos de trabalho, nos turnos da manhã e tarde.

Na manhã do dia 03, começou o evento com uma Mesa de Saudações, contando com a participação dos docentes Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu (UFF), Profa. Dra. Fernanda Pontes Pimentel (Diretora da Faculdade de Direito UFF), Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite (PUC-Rio), Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho (PUC-Rio, UCAM e IAB), Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel (FDCI), Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (UNICURITIBA), personificando as principais instituições que se voltaram para a realização desta ed. do evento.

A seguir, ocorreu a Conferência de Abertura, ministrada pela Profa. Dra. Irene Portela, intitulada: *“O impacto da legislação da Inteligência Artificial e dos ‘responsability gaps’ entre as decisões*

tomadas por humanos e por máquinas”. Irene Portela é professora Coordenadora na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cavado e do Ave, e é a Diretora do Departamento de Direito. É Doutora em Direito Público e das Instituições Europeias em Santiago de Compostela, Espanha. É Pós-Doutora em Direito e Inteligência Artificial pela Universidade Mediterranea Reggio Calabria, Italia. É mestre em Administração Pública pela Universidade do Minho e pós-graduada pela Universidade de Coimbra e pela Universidade Nova de Lisboa. É investigadora integrada do Centro de Investigação Jus-Gov em Direito da Universidade do Minho. É autora de várias obras em francês, inglês e português, e autora de vários artigos científicos com impacto, indexados a Scopus e à Web of Science. Integrando a mesa, na qualidade de mediador, esteve o Prof. Dr. Pedro Paulo Carneiro Gasparri. Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da UFF. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da UFF. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio. Graduado em Direito pela PUC-Rio. Graduado em Ciências Econômicas pela PUC-Rio. Professor da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais (UFF).

Finda a Conferência de Abertura, foi realizada a 1ª Mesa de Palestras, contando com dois palestrantes e uma mediadora. Como palestrante externo, figurou o Prof. Dr. Ramon Costa, que ministrou palestra intitulada: “Inteligência artificial e grupos vulnerabilizados”. Este palestrante é Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Especialista em Direito Digital pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Atua como assessor em temas jurídicos para o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br). Professor assistente no Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper). Pesquisador vinculado ao Núcleo Legalite PUC-Rio: Direito e Novas Tecnologias. Tem experiência em pesquisa e docência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Digital. Atualmente, os temas mais frequentes de suas pesquisas e produções são: direitos da personalidade e novas tecnologias, proteção de dados pessoais, inteligência artificial, grupos vulnerabilizados e antidiscriminação, democracia digital e metodologias de pesquisa em ambiente digital. Como palestrante interno, contou-se com a presença do Prof. Dr. Gilvan Luiz Hansen, que ministrou palestra intitulada: “*As novas tecnologias e os desafios da inclusão social*”. Gilvan Luiz Hansen possui Graduação em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo (1985), Graduação em Direito pelo Centro Universitário Plínio Leite (2010), Mestrado em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997), Doutorado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2004) e Doutorado em Agua, sostenibilidad y desarrollo pela Universidade de Vigo/Espanha (2022). Atualmente é professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense, docente da Graduação em Direito, do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN), do

Mestrado e Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD). Tem experiência e publicações na área de Filosofia e em Direito, com ênfase em Ética, História do Direito, Filosofia do Direito, Direito Romano, Teoria do Direito, Filosofia da Educação e Filosofia Política. Pesquisador de temas atinentes às discussões contemporâneas sobre Ética, Justiça, Cidadania, Direito e Democracia, especialmente a partir de uma plataforma discursiva. Dedica-se atualmente ao estudo do pensamento de Jürgen Habermas e às implicações deste na construção de uma teoria crítica da sociedade. Investiga também as questões relacionadas aos recursos hídricos, ao desenvolvimento e à sustentabilidade em cenários de globalização. Na qualidade de mediadora, contou-se com a presença da Professora Dra. Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes. Doutora em Direitos, Instituições e Negócios pela UFF. Mestre em Justiça Administrativa pela UFF. Pesquisadora em Grupos de Pesquisa cadastrados no CNPQ. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Lusófona do Rio de Janeiro. Advogada.

Após a mesa anterior, ocorreu a 2ª Mesa de Palestras, integrada por dois palestrantes e uma mediadora. De um lado, esteve o Prof. Dr. Antonio Pele, que ministrou palestra versando sobre: *“Direito à Saúde Digital: Desafios e Regulação”*. Antonio Pele é professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Doutor em Direito pela Universidade Carlos III de Madrid. Suas pesquisas exploram a teoria crítica, as novas tecnologias e a saúde digital. De outro, contou-se com a presença do Prof. Dr. José Vida Fernández, cuidando da temática: *“Riscos e desafios da regulamentação da inteligência artificial na saúde”*. José Vida Fernández é professor de Direito Administrativo na Universidade Carlos III de Madrid, Diretor Adjunto do Mestrado em Direito das Telecomunicações, Proteção de Dados, Audiovisual e Sociedade da Informação e membro do Instituto Pascual Madoz de Território, Urbanismo e Meio Ambiente. É licenciado em Direito com prêmio extraordinário pela Universidade de Granada e Doutorado Europeu pela Universidade de Bolonha (Itália). Na qualidade de mediadora, atuou a Profa. Dra. Joyce Abreu de Lira. Doutora em Direitos, Instituições e Negócios pela UFF. Mestre em Direito Constitucional pela UFF. Professora e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Veiga de Almeida (UVA) Campus Tijuca. Professora na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais (UFF). Bolsista Capes (Doutorado Sanduíche) Universidade de Vigo (Espanha).

À tarde, foram realizados os Grupos de Trabalho, somando um total de dez grupos, organizados por professores doutores da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense e de outras Universidades, sendo eles: Alexander Seixas da Costa; Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão; Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva; Carla Appollinário de Castro; Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos; Daniela Juliano Silva; Eder Fernandes Monica; Fabíola Vianna Moraes; Fernanda Franklin Seixas Arakaki; Fernanda Pontes Pimentel; Fernando Gama de Miranda Netto; Gilvan Luiz Hansen; Giselle Picorelli Yacoub Marques; Joyce Abreu de Lira; Livia

Pitelli Zamarian Houaiss; Manoel Messias Peixinho; Marcelo Pereira de Almeida; Marcus Fabiano Gonçalves; Mônica Paraguassu; Ozéas Corrêa Lopes; Paola de Andrade Porto; Pedro Curvello Sáavedra Azvadarel; Pedro Paulo Carneiro Gasparri; Rafael Bitencourt Carvalhaes; Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes; Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro; Tatiana Fernandes Dias da Silva; Tauã Lima Rangel Verdan; Wanise Cabral Silva.

Na manhã do dia 04, foi realizada a 3ª Mesa de Palestras, composta por duas palestrantes e um mediador. Inicialmente, a Profa. Dra. Daniela Juliano Silva, proferiu palestra sobre a temática: *"Colonialismo digital: novas formas de expropriação na era da informação"*. Mestra e Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Professora Adjunta do Departamento de Direito Privado na Universidade Federal Fluminense. Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN/UFF). A seguir, contou-se com a palestra da Profa. Dra. Bianca Kremer, acerca da temática: *"Contribuições do direito Antidiscriminatório para os estudos de justiça algorítmica no Brasil"*. Doutora em Direito pela PUC-Rio e professora de Direito Digital nos cursos de graduação e pós-graduação lato-sensu do IDP Brasília. Professora visitante no Centro de Tecnologia e Sociedade (CTS) da FGV Rio, visiting fellow no Weizenbaum Institute (WZB), desenvolve estudos de pós-doutorado no Geneva Graduate Institute (CAPES/ Print/2023). Atualmente, é Conselheira do Comitê Gestor da Internet no Brasil (2024-2026), e dedica-se aos seguintes temas: privacidade e proteção de dados, regulação da inteligência artificial, Governança da internet, vieses discriminatórios, pensamento afrodiaspórico e estudos pós/ decoloniais. Na qualidade de mediador, figurou o Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel. Pós-doutorado em Sociologia Política pela UENF. Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Docente da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais (UFF).

A seguir, ocorreu a 4ª Mesa de Palestras, composta por dois palestrantes e um mediador. De um lado, o convidado externo, Prof. Dr. Rubén Miranda Gonçalves, que ministrou palestra sobre a temática: *"Os impactos da inteligência artificial na infância e na adolescência"*. Pós-doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Doutor, Mestre e Licenciado em Direito pela Universidad de Santiago de Compostela; Professor na Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (Espanha). De outro, nosso convidado interno, Prof. Dr. Eder Fernandes Monica, versando sobre a temática: *"Proteção dos Sujeitos Digitais Vulnerabilizados"*. Doutor em Direito pela Universitat de València, Espanha (Summa Cum Laude). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Estágio de pós-doutoramento pela Universidad Complutense de Madrid. Mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Atualmente, é professor adjunto da Faculdade de Direito e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. É pesquisador

do Programa Jovem Cientista do Nosso Estado, da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro. Trabalha com temáticas de teoria do direito, especificamente com processos de subjetivação, novos sujeitos de direitos, gênero e sexualidade, relações privadas e existenciais, e tecnologia digital. Na qualidade de mediador, figurou o Prof. Mestre João Pedro Schuab Stangari Silva. Professor Universitário nas instituições Unifacig Centro Universitário e Faculdade do Futuro. Secretário de Administração e Planejamento da Prefeitura de Irupi/ES. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense/UFF - Bolsista CAPES. Pós-Graduado em Direito Processual. Bacharel em Direito pelo UniFacig - Centro Universitário e Técnico em Meio Ambiente pelo Instituto Federal do Espírito Santo (IFES). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais e Relações Privadas da Universidade Federal Fluminense. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Sexualidade, Direito e Democracia da Universidade Federal Fluminense (www.sdd.uff.br). Atua principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Metodologia Científica, Direito Penal, Criminologia e Direito Digital. Advogado.

Foi, então, a vez da 5ª Mesa de Palestras, composta por dois palestrantes e um mediador. Inicialmente, falou a convidada externa, Profa. Dra. Silvana Croope, sobre a temática: *“Direito em Cheque: Desastres, Tecnologias e Inteligência Artificial”*. Pós-doutoranda em direito pela Unicuritiba, 08/2023 (presente). PhD em engenharia civil pela University of Delaware, 05/2010. Mestrado em Geografia pela Universidade Federal do Paraná, 04/2005. Especialização em Novas Tecnologias em Educação pela Spei. Bacharel em Administração pela Faculdade de Administração e Economia (FAE). Trabalha na FEMA: United States Federal Emergency Management Agency como especialista no setor de mitigação de desastres para a Região IV, 12/02/2024 (presente). Integrante do quadro de membros gerentes da organização não governamental chamada “direct sensing and analytics”. A seguir, como convidado interno, contou-se com a presença do Prof. Dr. Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro, ministrando palestra sobre a temática: *“Regulação Algorítmica”*. Professor da Universidade Federal Fluminense, disciplina Direito Internacional Privado e Arbitragem. Professor do Doutorado em Direitos Instituições e Negócios - PPGDIN/UFF, disciplinas hermenêutica e Arbitragem. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Privado com Ênfase em Direito e Tecnologia - UFF. Doutor em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Democracia, Estado de Direito e Cidadania (Coordenador da Linha de Pesquisa Arbitragem sobre o Prima Habermasiano). Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos sob a Perspectiva Discursiva (Linhas: Direito do Comércio Internacional e Arbitragem e Direitos Humanos sob a perspectiva Pós- Nacional). Co-Líder do Grupo de Pesquisa Tutela de Dados. Na qualidade de mediador, atuou o Prof. Dr. Alexander Seixas da Costa. Professor Adjunto de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense. Professor de Direito Civil na Faculdade Cenecista de Rio das Ostras. Professor de história no

Colégio Municipal Professora Elza Ibrahim. Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pela UFF. Mestre em Direito Civil pela UERJ.

Para a Conferência de fechamento, contou-se com a Profa. Dra. Caitlin Sampaio Mulholland, versando sobre a temática: *"Discriminação Algorítmica e Gênero"*. Caitlin Sampaio Mulholland (Doutorado e Mestrado em direito civil, pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2006 e 2002) é professora associada de direito civil do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), onde atualmente exerce o cargo de Diretora do Departamento de Direito. É professora do programa de pós-graduação em Direito Constitucional e Teoria do Estado da PUC-Rio. É coordenadora do Núcleo Legalite PUC-Rio. É autora dos livros "A responsabilidade civil por presunção de causalidade" e "Internet e Contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo". É atualizadora e colaboradora da obra "Instituições de Direito Civil", v. III, de Caio Mário da Silva Pereira. Coordenadora dos livros: "LGPD e novo marco normativo brasileiro" e "Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade". Membro da Comissão de Direito Civil da OAB, Seccional Rio de Janeiro. Membro da Comissão Especial de Proteção de Dados do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil e à Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Associada Fundadora do Instituto Avançado de Proteção de Dados (IAPD). Associada Fundadora do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Integra a Rede Proprietas, hoje INCT - Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia, projeto internacional: História Social das Propriedades e Direitos de Acesso (Disponível em: www.proprietas.com.br). Tem experiência nas áreas de atuação e pesquisa, nos seguintes temas: direitos fundamentais, direito civil constitucional, direito e tecnologia, direito e inteligência artificial, proteção de dados pessoais e responsabilidade civil. Na qualidade de mediador, atuou o Prof. Dr. Manoel Messias Peixinho. Pós-doutor pela Universidade de Paris X. Doutor em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-RIO). Professor de graduação e pós-graduação da PUC-RIO. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Advogado.

Por fim, o Ato de encerramento contou com a presença da líder do Grupo de Pesquisa em Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito UFF, Profa. Dra. Célia Barbosa Abreu (PPGDIN/UFF), do vice-líder, Prof. Mestre João Pedro Schuab Stangari Silva, bem como do Prof. Dr. Tauã Lima Verdan Rangel (FDCI), igualmente integrante deste grupo e que o acompanha desde o seu nascimento.

Cabe o registro do trabalho dedicado e profissional desenvolvido pelos integrantes da comissão organizadora, cujos nomes passamos a listar: Alex Assis de Mendonça; Alexander Seixas da

Anais do X Seminário Internacional sobre Direitos Humanos Fundamentais

Volume II: Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Costa; Bernardo Henrique Pereira Marcial; Daniel Fernandes Ferreira; Fabíola Vianna Moraes; Fabrícia da Fonseca Passos Bittencourt Ordacgy; Fernanda Franklin Seixas Arakaki; Flávia Jeane Ferrari; Flávia Dantas Soares; Lara Duque Soares; João Pedro Schuab Stangari Silva; Joyce Abreu de Lira; Lara Helena Luiza Zambão; Leonardo Martins Costa; Nélío Georgini da Silva; Pedro Paulo Carneiro Gasparri; Rafael Bitencourt Carvalhaes; Rinara Coimbra de Moraes; Rosana Maria de Moraes e Silva Antunes; Tatiana Fernandes Dias da Silva; Taís Silva; Thiago Villar Figueiredo; Vitor Oliveira Rubio Rodrigues.

Por derradeiro, cumpre salientar, que foi uma enorme satisfação saber que comemoramos o êxito de um evento que completou agora uma década de existência, contando nesta ed. com 282 inscrições, 174 resumos expandidos submetidos, 76 artigos completos, podendo então festejar também a publicação destes Anais, frutos da publicação dos trabalhos completos recebidos. Posteriormente, teremos a alegria de publicar, num último momento, uma nova coleção de livros, donde constarão os melhores artigos completos selecionados, bem como os artigos ofertados por docentes especialmente convidados.

Niterói/RJ, 16 de novembro de 2024.

CÉLIA BARBOSA ABREU

FÁBIO CARVALHO LEITE

MANOEL MESSIAS PEIXINHO

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

DECISÃO JUDICIAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS- UMA RELEITURA PÓS-MODERNISTA PELA APLICAÇÃO DA “THEORY OF NEUTRAL PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL LAW”

Luciano Andraschko¹

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar como as decisões judiciais em Direitos Fundamentais necessitam observar certos critérios metodológicos. As sociedades de massa contemporânea exigem cada vez mais a realização concreta dos Direitos Fundamentais, paralelamente se estabelece uma crescente tensão entre eles. Como as decisões judiciais devem resolver essa tensão e manter sua imparcialidade é um problema crescente e atual imposto ao Poder Judiciário. Diversas técnicas e métodos vem sendo propostos para esse mister, como ponderação jurídica, cultura da paz, mediação, jurisprudência dos valores etc. Temos que a “Teoria dos Neutral Principles of Constitutional Law” podem trazer regras de conteúdo formal para resolver esse problema. Dessa maneira eliminam-se subjetivismos, preferências pessoais do julgador, tratamento discriminatório, ilegitimidade do Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

A demanda da sociedade pós-moderna² por efetividade dos Direitos Fundamentais operou uma recriação (Lipovetsky, 1989, p. 10-14) do direito. Nesta toda a tradição jurídica

¹ Juiz Federal-TRF-4a. Região, Professor Universitário, Doutorando em Direito pela Unicuritiba, Mestre em Ciência Jurídica, Pós-graduado em Teoria Geral do Direito e em Filosofia do Direito. Especialista (pós-graduação lato sensu) em Direito Penal e Processo penal. Ex-membro da Advocacia-Geral da União. E-mail: luciano.andraschko@trf4.jus.br. <https://lattes.cnpq.br/5184383731066818>.

² A expressão poderia ser contemporânea, porém, como se está a falar de algo, surge a necessidade léxica de que já tenha acontecido algo (*in casu*, o termino do período moderno-séc. XX). Daí a expressão pós-modernidade parece adequada. Ver LYOTARD, Jean François. The postmodern condition. A Report on Knowledge. 1st edition. Manchester: Manchester University Press. 1984.

é realocada para a consagração de valores³ como “justiça”, “democracia”, “solidariedade”, “equidade”, “dignidade humana”, etc. (Hespanha, 2015, p.496, 542, 559). Para a realização desses exige-se que os juristas não fiquem presos ao positivismo, que observem o direito como um todo, como um sistema que é aberto, mutável, flexível, apto a se adaptar a cada situação jurídica real. Dessa forma esperava-se que o direito bem executaria sua função na realização da justiça.

Ainda, para que essa missão tivesse êxito era necessário deslocar o Estado do seu papel de fonte primordial do direito, isto é, a lei (Zagrebeslky, 1995. p.114). Dessa feita o direito posto pelo Estado é relativizado, no sentido de que não é a última palavra sobre o que seja de fato o direito. Este será criado ou extraído pelo jurista que estiver a frente do caso concreto, sempre com o objetivo de produzir a decisão mais correta e justa.

Contudo, essa abertura do sistema jurídico sem o uso de métodos formais adequados pode gerar mais problemas que benefícios. Diz-se que os conceitos de correto e justo são abertos, maleáveis, incertos. De outro lado, também não são tão vagos a ponto de englobar qualquer coisa. Ao contrário, é possível defini-los no contexto individual de cada caso, mas mesmo este traz um problema, qual seja: justiça apenas no caso individual ou justiça individual de acordo com Ordenamento Jurídico? Mesmo numa lide cidadão x cidadão há um interesse subjacente do Estado. Haja vista que é função do direito não é apenas estabelecer regras de condutas, mas também é uma meta: a paz social.

Ainda, o correto e o justo trazem problemas quanto a sua densificação. Qual seria o grau de justiça ou correção de uma decisão jurídica. Na lei sabe-se que o limite é a não ofensa a outros bens protegidos. Mas a lei, dizem os neopositivista, por ser produto formal nem sempre condiz com a situação concreta, ou com o senso de justiça de uma comunidade. A crítica não é destituída de fundamento. Porém, substituir o critério da lei pelo quê? O do Magistrado? Do Advogado? Da sociedade? Mas qual sociedade? Toda sociedade brasileira ou apenas aquela diretamente afetada? Decorre do Ordenamento Jurídico um supra-efeito

³ Neste ponto houve convergência entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, pois ambos criticaram a alocação de valores aos textos constitucionais. Tudo em virtude do elevado grau de generalidade, abstração e difusão dos mesmos, o que implicaria na perda de um sentido claro das Constituições.

da decisão judicial, que é servir de modelo de conduta social para os demais cidadãos, tal qual a lei. Dessa forma a decisão judicial é norma individual para as partes diretamente envolvidas, e norma irradiante para os demais da comunidade. Por consequência quanto mais graduada for a instância judicial maior força irradiante possui uma decisão judicial.

A decisão jurídica está destinada a resolver situações de pessoas específicas e de casos concretos, surge uma aparente tensão entre a decisão judicial e a lei. Mas essa decisão judicial também tem por missão a pacificação social. O direito não existe para A ou B, por mais diversas que sejam as situações, os fatores nucleares não podem ser esquecidos em prol de acidentalidades do fato. Explico, todas as pessoas diferem umas das outras, seja, pela idade, condição econômica, posição social, etc. Essas diferenças só podem se sopesadas no caso concreto se forem da substância da lide e não meras acidentalidades. A liberdade de expressão de um jornalista deve ser mais ampla do que a de um cidadão comum? Se a resposta for sim, devido a função social de um jornalista, então um motorista de ônibus tem mais direito de utilizar as vias públicas, porque é sua função social transportar pessoas. Se o que prevalece é o interesse social, elimina-se o indivíduo do cenário jurídico. Se o que prevalece é o indivíduo, elimina-se o coletivo e a forma de viver em sociedade. Uma análise de perspectiva lógico-metódica pode apresentar uma solução adequada a esses erros de raciocínio.

O problema parece estar no individualismo pós-moderno que segundo Kaufmann (2014. p. 46-50) é a causa do fracasso do jusnaturalismo e do positivismo jurídico na sociedade atual. Individualismo que assume uma forma particular de ver o mundo, define o que o direito é e sua extensão. Essa perspectiva acaba por reduzir a lógica de previsibilidade das normas jurídicas⁴, que é uma dos elementos mais importantes de qualquer sistema jurídico.

Se cada indivíduo⁵ tem a liberdade para dizer o que é o “seu” direito, não é difícil perceber que tal situação aplicada terá como consequência uma total redefinição do direito

⁴ Sejam normas de primeiro ou de segundo grau.

⁵ Aqui, a expressão tem sentido latíssimo para abranger desde uma pessoa comum do povo até o magistrado que julga o caso individual)

para o termo “direitos”. Daí não tardará a chegada do tempo (se é que já não chegou) da insegurança jurídica e da extrema conflituosidade entre os cidadãos mediada pelo Estado (cujo direito que é editado já não passa de forma, que a realidade vai moldar ou desfigurar).

Assim, pode o jurista (advogado, procurador, magistrado) se deixar influenciar pelo chamado “interesse local”, “senso comum” ou pela “peculiaridade do caso concreto”? Isso não é uma forma de reescrever o direito posto pelo Estado? Há legitimidade democrática para tanto? Quais consequências isso causa no sistema jurídico e para a sociedade como um todo? Procura-se nesta análise estabelecer bases que demonstram que o direito possui um padrão de generalidade inata. E que a sua desfiguração já não é mais direito.

Dessa maneira, tem-se como primeiro parâmetro, tal como se entende Hespanha (2015, p.587), que o direito não admite uma cosmopolização exagerada, porque pode não refletir mais os valores de uma sociedade e tende a perder legitimidade e aceitação popular. Tem-se que o sistema jurídico mais adequado é o limite do Estado (país). Porque na sua formação há um senso comum (nacional) de valores e ideias a serem perseguidos e protegidos.

No presente se procura uma solução para esse problema através da aplicação do método lógico da Teoria dos Neutral Principles para assegurar a supremacia dos direitos fundamentais para todos os cidadãos.

1 NORMAS JURÍDICAS E A UNIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

O direito tem por função ordenar o corpo social, tem necessariamente uma função social. É produto humano, e, portanto, tem uma razão para existir. Assim, o caráter epistemológico do direito é o agir humano, seus antecedentes e consequentes. Pode também ser visto como fator de coesão social (BARBA-PECES, 2000. p.51) através da integração e controle sociais, de regras de conduta externa (KANTOROWICZ, 1928. p.679), de desejada conduta social (KELSEN, 1949. p.24). Ou ainda como um ideal essencial de uma ordem para manter a paz (KELSEN, 1942, p.1). Independente do escopo que possa ter, é fator

comum a qualquer perspectiva é que são as normas jurídicas que impõem ou persuadem o agir dos homens e aperfeiçoam o processo civilizatório.

O direito para cumprir sua função de ordenador das relações sociais deve ser sistematizado. O plexo de normas deve manter uma relação entre si de forma a constituir um sistema. Assim, a Constituição disciplina os direitos e deveres fulcrais do Estado e dos Cidadãos. E dá suporte de validade para todo o resto do sistema jurídico⁶. Se o Jurista analisa um caso concreto apenas com olhos na Constituição está eliminando o sistema⁷ jurídico. Se fosse assim, as demais normas infraconstitucionais não seriam necessárias. A Constituição não pode disciplinar tudo e todos⁸, mas estabelecer os princípios, valores e direitos fundamentais.

Raz (1986. p.5) diz que Bentham, John Austin, Hans Kelsen e Herbert Hart estão de acordo num ponto, qual seja, de que o caráter sistemático do direito depende essencialmente da existência de instituições criadoras e aplicadoras do direito.

Essa sistematização do direito deve ser uma entidade unitária, constituída de um conjunto sistemático de todas as normas (BOBBIO, 1996. p.197). Esse sistema foi pensado primordialmente para eliminar incertezas e incompletudes decorrentes de uma legislação específica. Como consequência permite-se que a solução jurídica seja encontrada no próprio sistema jurídico e não na opção pessoal do jurista. Destaca-se que o caráter sistemático não é apenas um modelo positivista, visto que o jusnaturalismo também estabeleceu um sistema de unidade.

⁶ Ou Ordem legal válida como dizia Kelsen in KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Cambridge: Harvard University Press. 1949. p. 114, 124.

⁷ Entende-se o sistema jurídico como o fez Eugênio Bulygin, qual seja, um conjunto de enunciados jurídicos que correlacionam circunstâncias fáticas e suas consequências jurídicas, tudo de maneira interdependente de modo a formar um sistema coerente e completo. BULYGIN, Eugenio. Sobre La Regla de Reconocimiento. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 9, 1991, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7w6q3>, acesso em 09/04/2017.

⁸ Kelsen dizia que normas particulares não podem ser deduzidas de uma norma básica. KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Cambridge: Harvard University Press. 1949. p.114.

Mas de pouco adianta a sistematização formal se na aplicação tal estrutura é rompida. Esse rompimento afeta um componente essencial do sistema jurídico que é sua coerência formal.

Adota-se a posição de Raz (1986. p.13) quanto as relações internas e externas das disposições jurídicas⁹. Quanto a primeira, importa na relação direta entre as regras jurídicas no plano abstrato. Assim, tem-se a relação de norma antecedente necessária e de norma consequente, de regras contrárias, de regras contraditórias. Já no que tange as relações externas tem-se que estas dizem respeito a ligação material entre disposições jurídicas e fatos, pessoas, circunstâncias, etc.

Nas palavras de Kelsen (KELSEN, 1949, p.134-136,152) se utilizamos uma norma jurídica de maneira isolada não conseguimos compreender o direito. Vamos mais longe, se essa norma for aplicada sem que se faça uma análise da extensão da sua aplicabilidade dentro do sistema jurídico, o resultado pode ser tudo, menos expressão do direito. Porque a relação interna de disposições jurídica é que define os casos e os limites de aplicação. Para bem se compreender como se dá essa relação formal deve-se atentar para uma das características do direito que é a normatividade. Esta é entendida como o poder que o direito tem de reger, de conduzir a atividade humana dentro de uma sociedade e território específicos. Por conseguinte, uma norma analisada e aplicada em desconexão formal como o resto do sistema jurídico perde sua normatividade. A unidade jurídica se rompe na medida em que assume um caráter anômalo e deforma os fins gerais do direito em prol de uma correta/justa adequação social.

Uma tensão que existe atualmente é a que se o julgador não utilizar um pensamento sistemático, cairá num pensamento aporético. Como consequência se dá a mudança do método axiomático na aplicação do direito para um método aberto. Se o método sistemático sempre tem como eixo o todo do sistema jurídico, no aporético o sistema não passa de algo abstrato, logo foca-se na particularidade do caso individual. Assim, o axioma não é mais

⁹ Para manter fidelidade ao pensamento de Raz utilizo a mesma expressão (disposição jurídica) porque está seria gênero, na qual estão insertas as normas jurídicas (aquelas que regulam comportamentos humanos impondo deveres ou conferindo faculdades)

dedutível apenas da norma jurídica. Logo, passa a ser um elemento de capital importância para que se entenda a dimensão de um direito fundamental pode ter no caso concreto.

Por isso Raz (1986, p.32) enfatiza que pela característica de as disposições jurídicas terem diversos destinatários são os fatos que vão estabelecer pré-requisitos de validade daquelas. E variam caso a caso. A conduta prevista na norma jurídica tem sua conformação com a ação e com os fatos do mundo real. E inegavelmente sobre estes são colocados os valores. Mas o que se destaca é que esse caráter generalizante das disposições jurídicas é imposto por necessidade lógica e com vista a uma unidade teleológica. Justamente porque é impossível estabelecer disposições jurídicas individuais para cada um dos cidadãos.

Portanto, a generalização das normas jurídicas abstratas não assume, em si, um caráter negativo, senão positivo. Tem um ideal de tratamento igualitário dentro de uma coletividade. E para cumprir essa função a norma destaca apenas a substância da relação social que deve ser regrada. Dessa feita, fatos contingentes ou acidentalidades ocorrem numa variedade e multiplicidade impossíveis de serem alcançadas, mas não são importantes a ponto de se alterar as normas e instituições jurídicas.

O núcleo das disposições jurídicas deve ser o fato puro, abstraídas todas suas contingências. Por fato puro deve ser entendida a situação fática que acontece sempre, atendidas certas condições. Como se pode ver, por exemplo, no preceito que assegura a liberdade de expressão ou o direito a não discriminação. O que interessa para a norma que assegura tais direitos é exatamente a liberdade e a igualdade. Aspectos ligados as contingências subjetivas, temporais, circunstanciais ou fáticas são desimportantes. Logo, saber como a liberdade de expressão pode ser aplicada em virtude de o titular ser homem ou mulher, ser de certa idade, de ser feita verbalmente ou pela internet, etc são fatos de importância accidental, e não substancial.

Essa generalidade faz com que a norma tenha condições objetivas de ser conhecida e obedecida pelo corpo social. E como o objetivo de um sistema jurídico é que exista um consenso e controle social, importa que a norma preestabeleça esse consenso, afastando todas as contingências.

A mesma generalidade permite que se estabeleçam relações normativas entre as diversas disposições jurídicas, formando assim um sistema jurídico. Assim, o próprio sistema já estabelece as condicionantes do uso dos direitos. Afastando assim a surpresa e a assunção de aspectos contingentes como substanciais. Observe-se que essa generalidade também está presente nos princípios jurídicos, legais e constitucionais. Estes devem ser lidos como linhas de orientação de condutas, daí seu caráter de invariância.

A generalidade que permite a existência da norma que estabelece que todos são iguais perante a lei (*sic* Estado) e que não será tolerada qualquer forma de discriminação, também deve ser lida quando da sua aplicação. Assim, existe a discriminação por omissão de agir quando se alega escusa de consciência (religiosa, filosófica, etc)? É possível obrigar alguém a agir, sem violar sua liberdade de praticar sua consciência? Tem-se que a especificidade do caso concreto não pode retirar a generalidade da norma, se não puder ser aplicada no seu inverso. Porque, se não se puder aplicar seu efeito contrário, ao final das contas se estará fazendo uma análise qualitativa de direitos, na qual um direito simplesmente elimina o outro. Sem sopesamento, sem ponderação, sem proporcionalidade, sem nada, por puro querer, convolvendo-se num ato arbitrário.

Caso tal situação ocorra, chega-se a situação absurda que Raz (1986, p.50) coloca ao se referir que uma pessoa tem controle absoluto sobre o seu próprio direito. Em outras palavras, ao sair da normatização jurídica abstrata¹⁰ e entrar no mundo real a tendência das pessoas é fazer seu próprio direito. Para tanto apoiam-se na sua diferenciação subjetiva, fática ou casual. Nesse intento põem-se a exigir do Estado-juiz que convalide “seu direito”, porque a lei não se aplica na integridade. Porque se o for será injusta para com a sua situação particular. Se o magistrado o fizer estará reescrevendo os limites da lei ou mesmo criando lei nova. De outro modo, pode ocorrer que diante das circunstâncias do caso concreto a norma

¹⁰ Regras e princípios jurídicos.

não deva ser utilizada¹¹, por estar em confronto com um princípio orientativo geral¹². Ou seja, o Magistrado não pode ser o simples “boca da lei”¹³.

Outro problema que se cria quando o magistrado cria a norma jurídica no caso concreto é que o caráter de previsibilidade¹⁴ pode ser quebrada. Como as normas jurídicas abstratas existem *ante factum* elas presumem-se sabidas pelo corpo social. O que guarda relação direta com a finalidade do direito, qual seja, de ser um norte à conduta social. Se a norma quer que a população se comporte de determinada maneira é imperioso que todos tenham conhecimento da mesma antes de praticarem suas ações. Mas quando as pessoas se comportam como a norma determina e depois um Magistrado diz que o comportamento era outro, rompe-se o conhecimento jurídico geral. Não se prega que o Magistrado não deva interpretar a norma, tal se faz necessário. O que não é crível é que exerça a exegese apenas sobre uma norma e desconsidere o resto do sistema jurídico¹⁵. Ou, que não faça a análise pensando na possibilidade contrária do que decidirá. Isto é, apesar de mensurar o caso concreto e buscar a solução do mesmo, sua decisão não pode ser de tal amplitude qualificativa que não possa ser replicada para casos futuros.

Dessa forma, vê-se que por mais específica que seja a decisão¹⁶ judicial ou jurídica ela não perde, ou não pode perder, um mínimo de generalidade. Pois é essa característica que a mantém ligada ao sistema jurídico. Essa generalidade é que mantém um padrão relativamente constante (MARKBY, 1905, p. 93-94) das ações humanas em sociedade. Assim,

¹¹ Ver, por exemplo, *Riggs v Palmer*, 115 NY US 1889.

¹² Ninguém pode se aproveitar da própria torpeza.

¹³ *La Bouche qui prononce les paroles de la loi* como diziam os exegetas franceses.

¹⁴ Mesmo autores que criticam os caracteres de certeza, determinabilidade e precidibilidade como Waluchow, concordam com Herbert Hart de que uma completa incerteza não se enquadra no conceito do que é jurídico. Ver WALUCHOW, W. *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Clarendon Press, 1994.

¹⁵ Importante consideração fez Moreso sobre a necessidade de que a justificação de decisão jurídica seja logicamente relevante, isto é seja derivação lógica das premissas normativas e dos enunciados descritivos de fato. Essa relevância é que mantém o qualificativo de coerência do sistema. Ver MORESO, José Juan. *Normas Jurídicas y Estructuras Del Derecho*. 2ª. Reimpresión. México: Fontamara. 2002. p.129.

¹⁶ Joseph Raz entende, diferentemente de Herbert Hart, que as regras jurídicas são uma razão operativa para as ações e não o contrário. Ações por si só não provam o caráter normativo das regras. Ver: Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975; traducción de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 37.

casos podem ser diferenciados e valorados dentro da norma, mas sem que se perca um mínimo de ligação¹⁷ com o sistema jurídico, de forma a manter sua unidade¹⁸.

Um último aspecto que não pode ser esquecido quanto as normas são as suas chamadas cláusulas limitativas (BENTHAM, 1970). Isto é, elementos das normas que estipulam circunstâncias que delimitam a aplicação da mesma. Essas podem estar insertas na própria norma que estabelece um comando, ou externamente no corpo de normas jurídicas que forma o sistema jurídico de um país. Sua função é estabelecer as condições mínimas para aquela conduta que foi proibida, permitida ou ordenada seja realizada. As próprias disposições jurídicas colocam um duplo limitador subjetivo, isto é, ao titular do direito e ao aplicador. Porque a circunstância limitativa da norma não pode sofrer com uma disposição desobrigativa¹⁹ do magistrado.

Assim, vê-se que para manter a técnica científica do direito a aplicação das disposições jurídicas exige mais do que vontade de fazer justiça. Exige coerente interpretação sistemática do direito e lógica mensuração dos fatos. Sob o risco de desestruturação sistêmica²⁰ do direito pela criação de subsistemas independentes. Por essas razões é que a atividade jurídica é técnica científica complexa, e deve se ater aos métodos estritos, aos limites de sua competência constitucional e com vistas a teleologia da unidade normativa.

Importa, então, ver como a norma jurídica concreta estabelecida pelo Magistrado pode ser produzida e quais as condicionantes dessa atividade. Em especial porque até aqui adotou-se, em boa parte, a posição de Joseph Raz, e para este a prática não determina as

¹⁷ "(...) los jueces sólo son competentes para promulgar normas que son consecuencia lógica de las normas generales del sistema. In BULYGIN, Eugenio. Sobre La Regla de Reconocimiento. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 9, 1991, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7w6q3>, acesso em 09/04/2017.

¹⁸ Bem por isso o Código Civil Português dispõe no seu artigo 8º que o juiz deve aplicar a lei, não podendo deixar de aplicá-la sob pretexto de justiça, tudo com vistas a uma uniformidade de interpretação e aplicação da mesma.

¹⁹ A expressão "disposição desobrigativa" é de Jeremy Bentham, in *Of Laws in General*.

²⁰ Porque mesmo que a decisão individual possa ser reconhecida como norma derivada do sistema, ainda assim, lhe faltará a consequência lógica de decorrer de uma norma formulada. A par disso perde-se aquilo que a metodologia jurídica chama de caráter dedutivo do sistema jurídico. Pode-se ver tal formulação em ALCHOURRÓN, Carlos ; BULYGIN, Eugenio. Sobre La existencia de las normas jurídicas. 2ª. Reimpresión. México: Fontamara. 2002. pp 58-59.

regras jurídicas. A prática pode determinar uma ação, mas não explica o caráter normativo das regras. Importa, então, observar o problema sob a perspectiva pragmática a fim de confrontar as ideias.

2 A INFLUÊNCIA DO REALISMO JURÍDICO SOBRE AS NORMAS JURÍDICAS

Os direitos fundamentais, sob o prisma do realismo jurídico, têm como fundamento os fatos. Para essa corrente, que se opõe ao rigor formal das correntes positivistas, ganha destaque o fato de que as normas jurídicas nem sempre são coerentes ou exatas para delimitar com precisão os contornos do direito aplicado à realidade (Nino, 2003.p.45). É a realidade materializada numa decisão judicial que vai dizer e definir o direito. As proposições jurídicas descritivas ou prescritivas necessitam de uma condicionante que é a sua verificação empírica. Do contrário não passam de abstração sem conexão com a realidade fática vivida pelos homens. Disso decorre a célebre frase do Juiz Holmes (1920. p. 457): “o direito é aquilo que os tribunais dizem que o é”. É a realidade quem estabelece a validade da norma através da comprovação empírica de que as proposições jurídicas são perfeitamente aplicáveis.

A partir dessa concepção a atividade do jurista de aplicar a norma jurídica geral ao caso particular gera uma segunda norma jurídica que é denominada norma jurídica particular. Importa observar que esta última é, segundo a corrente realista, o direito propriamente dito. Porque é aquela proposição abstrata e genérica experimentada numa relação social. Sua eficácia é testada empiricamente e não apenas racionalmente. Não obstante se saiba que as normas constitucionais possuem força normativa, mesmo assim necessitam de um ato jurídico (Bonecassee, 1944. p.213) que lhes dê a aplicabilidade necessária ao caso concreto.

Um segundo aspecto do realismo é a autonomia do julgador para criar a norma jurídica individual. Ela passa a assumir um papel de dizer qual norma geral integra o direito e qual deve ser excluída. Ou seja, a norma jurídica particular perde seu caráter de dependência para assumir um caráter autônomo.

Um caso famoso de realismo constitucional deu-se na Alemanha com o chamado Sitzblockade²¹. Tratava-se da aplicação da liberdade de manifestação prevista na Lei Fundamental da Alemanha exercida através do meio denominado bloqueio das vias públicas de tráfego. Duas manifestações, uma pela paz e outra de agricultores pode ser vista de maneira diferente pelos juízes²²? *In casu*, a primeira manifestação foi considerada ilegal sob a alegação de uso censurável de violência. E a segunda manifestação não. É possível, sem entrar em juízo de mérito quanto à decisão da corte alemã, que não é uma hipótese de mero silogismo jurídico e, portanto, excluído fica o formalismo positivista. Porque do contrário as decisões seriam idênticas, seja pela legalidade ou ilegalidade das manifestações. Dessume-se o caráter da segurança das decisões jurídicas baseadas no sistema jurídico. A crítica que pode ser feita é que não se tem certeza prévia de como será o julgado, nem se o julgado será axiologicamente adequado ao caso.

Importa não esquecer que o realismo não despreza o mundo normativo do dever-ser, apenas recoloca sua validade considerando também o plano do ser, isto é, daquilo que efetivamente ocorre no plano histórico-social.

Pode-se pensar que a explicação não convence, por ser destituída de lógica, porque aparentemente os dois fatos são iguais. De fato, para tanto deve-se colocar os dados²³ acessórios dos dois fatos, quais sejam: a manifestação pela paz bloqueou a via pública com pessoas sentadas na frente de um depósito de munições; já a manifestação dos agricultores bloqueou a via pública em geral, sem escolher um ponto específico. Temos então o fato (puro ou essencial) “manifestação” idêntico nos dois casos. O local foi idêntico em ambos: via pública. A circunstância foi diferente, o primeiro foi em frente a um depósito de munições, e o segundo não. A motivação²⁴, foi diferente, uma pela paz outra por melhores condições

²¹ Tribunal Federal Alemão BGHSt 35, 270.

²² Essa dúvida é posta por KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª. ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2014. p. 84-89.

²³ Quanto ao quatro tipos de dados ver a contribuição feita em NEVES, Castanheira. *As fontes do Direito*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. V. LII, 1976. p.104.

²⁴ Sobre verdade, justiça e motivação como conteúdo da manifestação de pensamento ver DICEY, Albert Veen. *Introduction to the study of the Law of the Constitution*. Indiana: Liberty Fund. 1982. p.171

econômicas aos agricultores. Observe-se que se está tratando do mesmo direito posto e garantido pela mesma norma²⁵.

Daí que a igualdade formal do brocardo todos são iguais perante a lei é lido à luz do caso concreto com os conectivos lógicos “se e somente se” a situação for rigorosamente igual. Caso contrário haverá um necessário distanciamento do tratamento jurídico, justamente porque as situações não se assemelham, ou se assemelham apenas de maneira accidental e, portanto, não devem receber o mesmo tratamento do jurista. A norma abstrata se aplica de maneira diferente, sem que essa atividade importe em quebra de igualdade, justamente porque os fatos jurídicos criados pelos titulares do direito abstrato são diferentes. A crítica que pode advir é que ao se diferenciar amiúde cada um dos casos pode resultar num distanciamento de situações que não são tão díspares assim. E ao final tem-se o direito apenas para alguns.

Aplicar a norma de maneira que eleja a liberdade de expressão como direito não passível de restrição importa que torná-lo absoluto frente ao sistema jurídico. De outro giro restringir-lhe em demasia a aplicabilidade acaba por retirar-lhe a eficácia, não obstante continue válido como direito formal dentro do sistema. Contudo, não se pode atribuir nenhuma das duas hipóteses nem ao positivismo, nem ao realismo, pois em ambos há a observância do sistema jurídico como um todo²⁶.

Dessa feita a criação judicial do direito pelo realismo é uma (re)construção²⁷ das normas jurídicas (regras e princípios) sob a luz de uma situação específica. Um dos problemas observáveis é que essa (re)construção do direito acaba criando um novo subsistema jurídico e a cada novo precedente criado tem-se uma nova reconstrução. Alf Ross (1963. p.71) entende que essa crítica não é pertinente na medida em que, dentro de

²⁵ Lei fundamental da República Federal da Alemanha (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) arts. 5 (liberdade de manifestação) conjugado com o art. 8 (liberdade de reunião).

²⁶ Por isso que autores como Bobbio entendem o realismo jurídico como pertencente ao positivismo jurídico *lato sensu*. Ver BOBBIO, Norberto. *Il Positivismo Giuridico- Lezioni di Filosofia del Diritto*. Torino: Giappichelli. 1996. p.139-142.

²⁷ Ou relação de complementaridade entre a criação do direito e aplicação do direito, como se refere KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5ª. ed.. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2014. p.123.

certos limites, é possível falar em um direito nacional. Neste os tribunais adotam a solução dada por uma regra jurídica e não simplesmente reproduzem suas posições subjetivas.

Outra situação que transparece no realismo é a pauta das fontes que o julgador utiliza para justificar sua leitura do fato jurídico. Princípios jurídicos, costumes, precedentes, valores sociais, valores individuais, etc não possuem um *standard* padronizado e com critérios seguros para pautar uma aplicação da norma jurídica abstrata. Essas fontes auxiliares são variáveis no tempo e no espaço. O que reside é que as normas são previamente conhecidas e os valores que estão em seu bojo são claramente dedutíveis. Já valores sociais, ética, moral, princípios de justiça, costumes sociais apesar de serem passíveis de ser conhecidos previamente não são estanques, possuem ampla variabilidade entre as pessoas, no tempo e no espaço.

Essa característica do realismo pode estabelecer disposição jurídica desobrigativa (derrogatória) de outra disposição jurídica, dando ênfase a uma disposição derrogatória fática. Ou seja, é o sobrevalor do fato em detrimento da norma. É o conhecido argumento fático, isto é, contra fatos não há argumentos. Não há argumentos contra-fáticos como dizem os realistas. Com isso a criação judicial pode se constituir em disposição jurídica independente, apartada do sistema jurídico. Pior, disposição criada *post factum*. Com perigos sérios para a consecução da ordem estatal.

Visto que a decisão judicial ao ter que solucionar uma lide concreta não pode se afastar da realidade, importa verificar como esse processo de decisão pode ser a partir da perspectiva da “Teoria dos Neutral Principles of Constitutional Law”.

3 A APLICAÇÃO DA NORMA JURÍDICA E A TEORIA: “NEUTRAL PRINCIPLES OF CONSTITUTIONAL LAW”.

Ao iniciar esse tópico é importante esclarecer que não se aplica a crítica de Hespanha (Hespanha, 2015, p. 576) quanto a importação de institutos de sistemas jurídicos diversos. *In casu*, da “Common Law” para o sistema de direito continental europeu. Porque, não

obstante se utilize da matriz teórica do Professor Wechsler a mesma não significa que se esteja importando “valores locais americanos”, já que a teoria em questão é metodológica e não axiológica.

A teoria dos Neutral Principles of Constitutional Law situa-se topologicamente como na Escola da Legal Process. Portanto, é uma teoria convencionalista, ainda que não a adote na sua pureza original. A teoria dos *neutral principles* (Wechsler, 1959) trabalha com quatro ideias estruturais:

- 1- Juízes não deveriam decidir de uma certa maneira porque lhes aprova o resultado.
- 2- Juízes devem testar sua neutralidade, assegurando-se de que os argumentos que serviram à decisão de um caso, também poderiam ser aplicados a todos os demais casos similares.
- 3- Embora um princípio da lei pode ser o resultado de um processo político e refletir interesses políticos, juízes não devem decidir se aplicam aquele princípio político com base nas razões não reveladas do fim político daquele princípio.
- 4- As razões que o juiz usa para aplicar os princípios encontrados na lei devem ser apresentados na forma de uma explanação racional diversa do tipo de justificação requerida dos políticos.

Essa teoria observou que as cortes não podiam ter um papel proativo e sim reativo. Proação cabe aos movimentos sociais e objetivam a mudança da lei ou da execução da mesma. Então, firmava sua posição de as cortes judiciais são "subordinadas" dentro de um processo democrático.

Mas isso não significa que a revisão judicial não seja legítima. Esse poder judicial se exerce em "todos os casos, de direito e equidade, que surge da Constituição" (Wechsler, 1959). O princípio implícito de uma Constituição escrita repousa na sua posição como lei fundamental e a consequente e aceitável conclusão de as cortes judiciais são suas intérpretes.

Essa teoria enfatiza que na leitura da Constituição deve-se atentar para o fato de a mesma não conter palavras vazias, e devem ser tomadas sempre em consideração. Porém,

isso não significa que ali se expresse toda a Constituição. Diz que o texto traz apenas o essencial, mas que a Constituição deve ser lida quanto aos seus propósitos. Cita que o Justice Marshall estava correto ao dizer que quando a Constituição impõe os deveres, implicitamente dá os poderes para tanto. Tal traduz-se como uma leitura razoável da Constituição. Ou seja, é dever das cortes não realizar uma leitura formal, vazia, da mesma.

Esse poder judicial não serve, contudo, para policiar, advertir ou mesmo instruir os outros poderes. É, na verdade, um dever de decidir o caso litigioso e fazê-lo de acordo com a lei, com tudo que isso implica, com a satisfação de um rigoroso procedimento judicial. Entende que nos casos incertos, em que a resposta constitucional não é certa, e portanto, exige uma interpretação da constituição, o julgamento deve ser feito sabiamente, com base em mandamentos interpretativos gerais. Esses *standards* devem ser baseados em princípios neutros, como a importância da questão ou um conflito de decisões judiciais.

Apenas a aplicação de termos neutros, isto é aplicados sempre, indistintamente para todas as situações que se puserem de maneira semelhante, é que protegerá a Corte contra o perigo da imputação de favorecimento²⁸ ou preconceito de certos pleitos²⁹. O tribunal deve justificar cada decisão com um "princípio neutro": um fundamento ou razão que atinge a "neutralidade e generalidade adequada", transcendendo o resultado imediato do caso particular.

Para tanto a revisão judicial deveria ser exercida apenas dentro de estreitos limites. Mas, como já se viu, a corte não pode escapar do seu dever decidir se as ações dos outros poderes estão ou não de acordo com a Constituição. A questão era se o juiz poderia escolher o resultado da demanda posta, baseado apenas nas consequências do caso (ou preferências

²⁸ Ver BERGER, Raoul. *Government by Judiciary (the transformation of the fourteenth amendment)* second Edition . Liberty Fund: Indianápolis, 2013; BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1978; WHITE, G. Edward. *Earn Warren: A public Life*. Oxford University Press, 1982.

²⁹ Nesse aspecto há uma aproximação com a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. Tal estabelece que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que por esse motivo combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto ao futuro. Para essa corrente os juízes não descobrem, nem inventam o direito, apenas o interpretam, identificando, assim, direitos e deveres legais. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Massachussets: Harvard university Press, 1986. p.213-215.

políticas), se assim o fizesse não seria mais uma corte legal, mas um “órgão nu de poder”, nas palavras de Wechsler. Assim, partindo-se das concepções de Weschler sobre as normas constitucionais o caso alemão da liberdade de manifestação por bloqueio de via pública recebe uma nova análise, com um resultado diferente dos anteriores.

Um primeiro pressuposto é procurar a norma jurídica que assegura a liberdade de manifestação. Tal é encontrada na maioria das Constituições democráticas do mundo ocidental. Há um direito fundamental assegurado aos cidadãos de livremente se expressarem, sem que o Estado estipule restrições prévias, o que poderia ser qualificado como censura.

Um segundo pressuposto é observar que esse direito é fruto de normatividade parlamentar. E, portanto, o Poder Judiciário deve ser cauteloso ao analisar tal direito, pois pode invalidar uma das funções do Poder Legislativo. O instituto jurídico do “check and balances”, figura constitucional, mantém sua eficácia constante, de modo a evitar que o Poder Judiciário sobreponha-se aos demais Poderes.

Por terceiro, importa analisar se tal direito fundamental possui limites. A resposta é positiva, assim como o possuem todos os demais direitos³⁰. Visto que todo direito assegurado sem limites significa redução na mesma proporção de outros direitos igualmente válidos. Há um equilíbrio no uso das posições jurídicas asseguradas.

Quarto, a solução do caso deve passar por princípios constitucionalmente neutros. Isto é, a Constituição não é a lei fundamental apenas para um grupo de cidadãos, assim como não tem preferência pelos direitos fundamentais em detrimento do direito de livre iniciativa econômica. A constituição é uma norma jurídica posta que assegura diversos deveres e direitos. Nessa conjugação muitas disposições soam, aparentemente, contraditórias, e na aplicação das mesmas se estabelecerá qual possui preponderância tendo em vista o ato e o fim almejados. Evita-se o apego emotivo do julgador, suas preferências por esta ou aquela posição.

³⁰ Observe-se a consideração de Canotilho no sentido de que os direitos fundamentais não tem uma única dimensão subjetiva, nem uma única função de proteger a liberdade individual do cidadão, in CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993 p. 512.

Dito isso o caso da manifestação que bloqueia a via pública é visto como exercício ilegal de um direito assegurado constitucionalmente. E isto nos dois exemplos retro citados, quais sejam, manifestação pela paz e manifestação de agricultores. Aqui o fato que ganham destaque na análise jurídica é o local em que foram feitas as manifestações, ambas foram realizadas em via pública, com bloqueio da mesma. Uma vez identificado que a manifestação não foi ilegal quanto a forma, porque não utilizou de ofensas, desacatos, etc, a análise neutra sempre vai observar o caso olhando para o outro panorama, qual seja, o outro direito em risco: liberdade de locomoção. Esse seria o dos outros usuários da via pública, justamente porque a via é pública, de todos e não só de um grupo.

Dessa forma o uso de via pública de maneira absoluta pelos manifestantes impede que demais utentes a utilizem. O que torna o direito de manifestação absoluto quanto ao seu modo de concretizar-se. Fere-se o direito a liberdade de locomoção dos demais cidadãos, que também é direito assegurado constitucionalmente.

Numa análise neutra não se analisa qual é o “melhor” direito, porque isso é impossível de se demonstrar objetivamente. Qual seria a “melhor manifestação” a luta pela paz ou as reivindicações dos agricultores? O que importa é que se assegure uma igualdade na aplicação das normas. O que significa em última análise numa igualdade formal. Observe-se que a teoria dos princípios neutros se preocupa exatamente com isso, que a intenção de proteger determinado direito acabe por colocá-lo num patamar acima dos demais. Tal conduta rompe com aquilo que a norma mais almeja, que é o equilíbrio social, como visto no item 1.

Ainda, caso se analise apenas o direito de manifestação em si e para si, o que se está fazendo é uma particularização do sistema jurídico, e se reconstruindo um novo sistema³¹, sem que mantenha as mínimas ligações com o resto do mundo jurídico³². Isso é uma forma

³¹ Como visto no item 2.

³² Eugênio Bulygin diz que a unidade da ordem jurídica depende do fato de que uma mesma definição seja usada num grupo social. Em especial os juízes, pois a diversidade de conceitos sobre a extensão da liberdade de expressão consoma-se em ruptura da ordem jurídica e consequentemente do sistema jurídico. In BULYGIN, Eugenio. Sobre La Regla de Reconocimiento. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 9, 1991, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7w6q3>, acesso em 09/04/2017.

de visão absoluta de um direito. A aplicação da norma jurídica fundamental exige que não resulte no seu isolamento do resto do mundo jurídico. Essa é uma característica do mundo pós-moderno com o seu individualismo exacerbado e incoerente, pois não se análoga com o conceito de sociedade que é coletividade. Aplicar tal forma de pensar na seara jurídica traz consequências individualizantes, que não impõem gravames à unidade do sistema jurídico.

Modernamente se veem derivações da teoria dos Neutral principles no conceito de “standing” do justice Scalia (ELLIOT, 2008). Esse instituto tem relação direta com o princípio da separação dos poderes, no qual é imperioso que a independência do Poder Judiciário não se imponha como um domínio sobre o Poder Legislativo.

Tal possibilidade de diferenciação, que a pós-modernidade tanto quer, acaba por eliminar a igualdade formal de todos perante a lei. E cria uma situação de desigualdade, na qual uns são mais cidadãos que outros. Onde uns tem mais direitos que outros. Onde uns podem e outros não. A generalidade do direito é quebrada por individualismo que exacerba aspectos acidentais do ser humano em sociedade. Tudo no intuito de fazer justiça ou de promover a igualdade.

Dessa forma, o caso do bloqueio de vias deve ser sim resolvido pelo Poder Judiciário, porque é sua atribuição constitucional fazê-lo. Mas também é sua atribuição respeitar a Constituição que lhe outorgou os poderes para tanto, bem como o sistema jurídico como um todo. Ademais, como são sempre os atos da vida concreta quem vão ditar como se realiza o direito, já se deduzem as imensas possibilidades desse agir, é a atuação precisa do jurista que deve precisar e delimitar tal concretização dos direitos. Extraíndo os contornos essenciais do caso e confrontando-os com o sistema jurídico a fim de que não restem aporias desestruturantes.

Como se vê a solução adotada tanto pelo realismo quanto pelos “neutral principles” comungam de pelo menos dois pontos, quais sejam: análise metódica dos aspectos essenciais do fato jurídico e respeito pelo sistema jurídico.

Nessa senda o jurista parte da norma integrante de um sistema jurídico e chega a análise fática do caso proposto. Este fato não recebe um juízo valorativo no sentido de uma

especial forma de ver o fato, uma posição pessoal do julgador quanto ao mesmo ser bom, ruim, justo, injusto, etc. O fato apenas é, *in casu*, manifestação de pensamento que bloqueia a via pública. Não faz parte da análise jurídica o valor da manifestação, mas como a mesma se deu juridicamente. Ambas acabam por reforçar a neutralidade da aplicação da norma jurídica e consequentemente o caráter objetivo do direito.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o caráter fragmentário que se impôs ao direito na pós-modernidade almeja como *ultima ratio* que todos tenham direitos, porque se uma lei é fator impeditivo deste, basta alegar que ela é injusta, inadequada, inaplicável a peculiaridade do caso concreto. Se os deveres legais não são cumpridos basta alegar que estes causam odiosa desigualdade e, portanto, fere a personalidade do alegante, atingindo o centro da sua individualidade. Essa é uma visão individualista do sistema jurídico, como se existisse um sistema para cada pessoa. Trata-se de um isolacionismo jurídico pós-moderno. Esquece-se que não se vive sozinho numa cidade, província ou país. Cada direito tem necessariamente um dever relacionado.

Os direitos fundamentais devido a sua importância exigem do jurista uma correta análise do caso concreto. Esta passa num primeiro momento pela observância do sistema jurídico como um todo, normas jurídicas vistas como regras ou princípios; disposições constitucionais, legais, infra-legais vistas como um sistema. Sem que se dê valor a um em detrimento do outro, sob pena de isolamento de disposições jurídicas. Situação que inicia por situá-las como absolutas porque não tem mais sua contraparte obrigatória de harmonização com disposições jurídicas limitativas.

Percebe-se que o realismo jurídico cumpre tal função na medida que respeita o aspecto formal das normas jurídicas e porque não utiliza juízo de valor na análise do caso jurídico, mas juízo de fato. Consegue assim, extrair objetivamente os caracteres relevantes do problema posto. Sem perder-se em discussões destituídas de objetividade. A verdade é

o fato ocorrido, nada há de argumentos contra este, não há argumentos contra-fáticos. Esse é seu primeiro postulado. O segundo é que os valores são aqueles que as normas jurídicas lhes deram.

Já a teoria dos princípios neutros repete os postulados do realismo e acrescenta sua principal característica que é a aplicação neutra das normas jurídicas. O direito de um indivíduo não pode violar o direito de outro sem que a justificação possa ser encontrada na sua aplicação em sentido contrário. Dessa maneira mantém-se o sentido da norma jurídica. Tudo como derivativo de que não existem direitos fundamentais absolutos quanto à dimensão subjetiva. Tal situação configura-se como uma característica “neutra” dos mesmos. Justamente porque tem função equipolente, servindo a ambos contentores. Essa teoria traz intenções racionalistas ao processo de criação de decisões jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALCHOURRÓN, Calos ; BULYGIN, Eugenio. **Sobre La existência de las normas jurídicas**. 2ª. Reimpressão. México: Fontamara. 2002.

ALEMANHA. Lei fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.

ALEMANHA. Tribunal Federal Alemão BGHSt 35, 270.

BARBA-PECES, Gregório. **Curso de Teoría del Derecho**. Madrid: Marcial Pons. 2ª. Edición. 2000.

BENTHAM, Jeremy. **Of Laws in General**, ed. por H. L. A. Hart. Londres, Athlone Press, University of London, 1970.

BERGER, Raoul. **Government by Judiciary** (the transformation of the fourteenth amendment) second Edition . Liberty Fund: Indianapólis, 2013;

BICKEL, Alexander M. **The Supreme Court and the Idea of Progress**. New Haven: Yale University Press, 1978.

BOBBIO, Norberto. **Il Positivismo Giuridico**- Lezioni di Filosofia del Diritto. Torino: Giappichelli. 1996.

BONECASSE, Julien. **Introduccion al Estudio Del Derecho**. V. I. México: Editorial José M. Cajica. 1944.

BULYGIN, Eugenio. **Sobre La Regla de Reconocimiento**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N. 9, 1991, disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc7w6q3>.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

DICEY, Albert Veen. **Introduction os the study of the Law of the Constitution**. Indiana: Liberty Fund. 1982.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Massachussets: Harvard university Press, 1986.

ELLIOT, Heather. **The Functions of Standing**. *Stanford Law Review*, Stanford, California: Stanford University, v. 61, n. 3, 2008. Disponível em <http://www.questia.com/read/1G1-195917973>. Acesso em 14 março 2017.

ESPANHA. Constituição Espanhola, 1978.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Riggs v Palmer*, 115 NY US (1889).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *US Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia**- Síntese de um milênio. segunda reimpressão, Coimbra: Almedina. 2015.

HOLMES, Oliver Wendell. **The Path of the Law**. Collected. Papers. Cambridge: Harvard. Law Review, t. 10, 1920.

KANTOROWICZ, Hermann. **Legal Science**. New York: Columbia Law Review. 1928.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2014.

KELSEN, Hans. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press. 1949.

KELSEN, Hans. **Law and Peace in International Relations**. Cambridge: Harvard University Press. 1942.

KLUGER, Richard. **Simple Justice: The history of Brown v. Board of Education and Black**. 1975.

LYOTARD, Jean François. **The postmodern condiction**. A Report on Knowledge. 1st edition. Manchester: Manchester University Press. 1984.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**. Lisboa:Relógio d'água. 1989.

MARKBY, Sir W. **Elements of Law**. London: Clarendon, 1905.

MORESO, José Juan. **Normas Jurídicas y Estructuras Del Derecho**. 2ª. Reimpresión. México: Fontamara. 2002.

NEVES, Castanheira. **As fontes do Direito**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito. V. LII, 1976.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción AL análisis Del Derecho**. 2ª. Edición. 12ª reimpresón. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003.

RAZ, Joseph. **El Concepto de Sistema Jurídico**. Una Introducción a La Teoria Del Sistema Jurídico. Traducción Ronaldo Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de Mexico. 1ª. Edición. 1986.

RAZ, Joseph, **Practical Reason and Norms**, Londres: Hutchinson, 1975; traducción de J. Ruiz Manero, Razón práctica y normas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1963.

WALUCHOW, W. **Inclusive Legal Positivism**, Oxford: Clarendon Press, 1994.

WECHSLER, Herbert. **Toward Neutral Principles of Constitutional Law**. Harvard law review., v. 73, n. 1, 1959.

WHITE, G. Edward. **Earn Warren: A public Life**. New York: Oxford University Press, 1982.

ZAGREBESLKY, Gustav. **El derecho Ductil**. Ley, Derechos, Justicia. Traducción Marina Guscón. Madrid: Trotta, 1995.

A VIRTUALIZAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA NA CONJUNTURA PÓS-PANDÊMICA: O IMPULSIONAMENTO HISTÓRICO

Maria Júlia Santos Barbosa¹
Pedro Germanos dos Anjos²

RESUMO

O intuito deste artigo é o de demonstrar a relação entre a produtividade com o uso de tecnologias e a celeridade da atividade jurisdicional, com ênfase no Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA), realizando um comparativo dos anos de pandemia e do período pós-pandêmico, analisando especificamente os anos de 2020, 2021 e 2022, apontando este tribunal como exemplo de um dos melhores índices de rendimento do País. Com isso, objetiva evidenciar os reais resultados desse lapso temporal, bem como os efeitos positivos da produtividade. Para tanto, utiliza-se o método hipotético-dedutivo em pesquisa aplicada e explicativa, e procedimento bibliográfico e documental, com análise quanti-qualitativa dos dados colhidos nos sites do TJBA e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Assim, apresenta uma perspectiva benéfica e produtiva da inserção dos meios tecnológicos na seara judiciária do Estado da Bahia, proporcionando resultados céleres, garantindo a manutenção do princípio constitucional da eficiência das atividades, além de conferir modernização das relações processuais e assegurar o direito fundamental de amplo acesso à jurisdição e celeridade processual.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Advogada. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. E-mail: mjsbarbosa.drt@uesc.com.br, <http://lattes.cnpq.br/8751630720435122>;

² Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Professor Assistente de Direito Constitucional e Tributário da UESC. E-mail: pganjos@uesc.br, <http://lattes.cnpq.br/2632734443526649>.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia de covid-19 afetou o mundo nos anos de 2020 e 2021 ao causar grandes impactos nos âmbitos econômico, cultural e social, e inclusive na seara judiciária (administração da justiça e atividade judiciante). Em razão disso, fez-se imperiosa a adoção de forma ampla dos instrumentos tecnológicos disponíveis, a fim de oferecer os serviços do Poder Judiciário sem solução de continuidade, possibilitando a garantia e efetivação do direito fundamental ao acesso a jurisdição, do devido processo legal e da celeridade processual.

A utilização das tecnologias digitais e plataformas virtuais têm alcançado todas as esferas da vida contemporânea, como também o meio jurídico. Há décadas surgiu a busca de ferramentas tecnológicas para serem usadas pelo Poder Judiciário para objetivar resultados mais eficientes e que ao mesmo tempo proporcionassem celeridade, concedendo maior efetividade à função jurisdicional.

O emprego dos meios digitais na seara judiciária é longínquo, e aos poucos foi tornando-se cotidiano. A primeira legislação acerca da inserção da virtualização dos processos se deu em fevereiro de 2006 com a promulgação da Lei nº 11.280, que alterou o art. 154, parágrafo único do Código de Processo Civil. A modificação propiciou os Tribunais disciplinarem a prática e a comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos.

Em decorrência desse cenário, surgiu a iniciativa de se evidenciar o efetivo impacto que a adoção da virtualização teve sobre os índices de produtividade da atividade judicial no contexto pandêmico. À vista disso, questiona-se: a virtualização do Judiciário no período da pandemia de COVID foi responsável por um incremento positivo na atuação jurisdicional no âmbito do Tribunal de Justiça da Bahia?

No que concerne aos impactos gerados, tem-se como premissa a ser testada que a inserção de mecanismos tecnológicos na seara jurídica provoca um aumento do rendimento e, por conseguinte, respostas processuais mais rápidas e maior acessibilidade aos sistemas

usados pelo Tribunal que, durante o cenário de pandemia foram sendo melhorados cotidianamente para se adaptarem integralmente a forma virtualizada (eficiência).

Diante disso, conjectura-se como hipótese que a utilização da justiça virtual que passou a ser implementada como uma forma de urgência durante o cenário pandêmico para assegurar o funcionamento da máquina judiciária, tornou-se essencial para assegurar os princípios constitucionais, como o acesso à justiça e a duração razoável do processo no cenário pós-pandêmico.

A fim de alcançar os objetivos propostos, propõe-se uma pesquisa pura, explicativa quanto aos fins (a inserção de tecnologias causa produtividade e eficiência na atividade judicial), com método de abordagem hipotético-dedutivo (dada a premissa exposta acima) e procedimento bibliográfico e análise de dados extraídos, precipuamente do site do Tribunal de Justiça da Bahia, do Conselho Nacional de Justiça. A abordagem será qualitativa, vez que se baseia na quantificação das decisões proferidas, mas também analisa a qualidade dos atos emanados pelo Poder Judiciário, na abordagem comparativa das informações dos anos de 2020, 2021 e 2022.

As informações retiradas dos respectivos sítios eletrônicos serão interpretadas em relação aos índices de produtividade gerados pelo Tribunal durante os anos de 2020, 2021 e do ano de 2022, comprovando-se (ou não) a efetividade da prestação jurisdicional no aprimoramento da virtualização.

No primeiro capítulo será realizada uma cronologia da inserção da virtualização no Poder Judiciário até a pandemia, período em que o uso dos meios tecnológicos aumentou significativamente. Já o segundo capítulo do trabalho, será abordado um panorama do direito fundamental ao acesso à jurisdição, fazendo uma associação ao período pandêmico, onde foi preciso instituir o teletrabalho para garantir esse direito aos cidadãos.

Por sua vez, no terceiro capítulo evidenciará o comparativo de produtividade dos anos de 2020, 2021 e 2022 do TJBA, como também demonstrará um breve contexto histórico da implantação da tecnologia neste Tribunal.

O quarto capítulo apresentará uma abordagem da eficiência interligada com o rendimento do TJBA, e como essa produtividade deve atender a real efetividade das decisões para cada caso concreto.

Desse modo, o trabalho intenta demonstrar se a inserção, bem como o melhoramento das tecnologias inseridas no Poder Judiciário aumentou a produtividade nessa seara, por conseguinte, se acarretou respostas mais céleres. Ademais, pretende-se validar se a virtualização de forma generalizada afeta de maneira positiva o acesso à jurisdição.

2 A INSERÇÃO DE FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS NO PODER JUDICIÁRIO

É cediço que o Poder Judiciário enfrenta diversos problemas acerca da morosidade processual, um problema recorrente no cotidiano brasileiro.

Algumas causas da morosidade no Poder Judiciário brasileiro são relativas ao tipo de procedimentos burocráticos, a complexidade dos casos, o tempo gasto para produção e análise de provas, os prazos para a prática dos atos processuais e o desempenho dos profissionais na condução do caso (Politize, 2017).

Além desses, o excesso de demandas e atribuições aos magistrados, a quantidade insuficiente de juízes e de servidores, além do “tempo de gaveta” (a grande quantidade de protocolos burocráticos exigidos pela própria lei – (Politize, 2017).

No que tange à multiplicidade processual, sem dúvidas é o problema central da crise do engessamento dos processos, segundo Mancuso (2015, p.36):

A questão judiciária no Brasil revela-se multifacetada e polimórfica, com várias concausas interagindo, e esse largo espectro – que porventura não vem sendo tomado em sua integral complexidade – deve estar à base da pouca eficiência das medidas até hoje encetadas, com ênfase no manejo quantitativo da crise numérica dos processos.

No entanto, a morosidade no trâmite dos processos já vem sendo combatida mediante a instituição de novas leis visando a melhora no decurso processual. Assim, em dezembro 2006, foi publicada a Lei nº 11.419, que possibilitou o processo judicial eletrônico, tendo justamente como principal objetivo a celeridade e a desburocratização processual.

Já no ano de 2009, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), passou a implementar a digitalização dos processos, tornando-se um dos primeiros Tribunais a ter autos completamente virtuais. Nesse ano, foram contabilizados mais de 54 mil processos eletrônicos (CNJ, 2010).

Em um cenário mais recente, o relatório anual elaborado pelo CNJ, o Justiça em Números (CNJ, 2022), constatou que o ano de 2021 foi finalizado com 77,3 milhões de processos em tramitação. Dessa quantidade, 15,3 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando algum ato. Desse modo, desconsiderando tais processos, tem-se que no final do ano de 2021, existiam 62 milhões de ações judiciais.

Verifica-se ainda que nesse mesmo ano foram ajuizados 27,7 milhões de processos e foram baixados 26,9 milhões. Assim, houve um crescimento de 10,4% de novos casos, como também um aumento dos casos solucionados em 11,1%.

Pelo mesmo relatório, ratifica-se que com o retorno das atividades presenciais houve um acréscimo nas demandas processuais, ocasionando um aumento significativo no acervo (CNJ, 2022):

O ano de 2017 foi marcado pelo primeiro ano da série histórica em que se constatou freio no acervo, que vinha crescendo desde 2009 e manteve-se relativamente constante em 2017. Em 2018, pela primeira vez, houve redução no v. de casos pendentes, fato que se repetiu por ainda mais dois anos, em 2019 e 2020, acumulando uma redução de R\$ 3,6 milhões entre 2017 e 2020. Em 2021, com a retomada de parte dos serviços presenciais em decorrência da pandemia causada pela covid-19, o acervo retomou a patamares próximos ao verificado em 2019.

No ano de 2022, segundo a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, foram contabilizados mais de 80 milhões de processos nos tribunais brasileiros. Houve um grande

crescimento comparado aos dois últimos anos em que foram assolados pelo Covid-19, já que em razão da pandemia houve uma queda nas distribuições processuais.

Conforme as estatísticas, as áreas do Direito com mais demandas são o Direito Civil, com 20,5% dos casos, seguido pelo Direito do Trabalho, como 15,1%, e o Direito Penal, atingindo 13% das demandas (Conjur, 2022).

Para solucionar a questão da lentidão processual, e como consequência, acelerar as respostas jurisdicionais, o Poder Judiciário tem investido em um uso amplo dos meios digitais, a informatização dos processos, bem como o aprimoramento dos mecanismos e daquelas tecnologias já utilizadas anteriormente. Para Ponciano (2021), a crescente procura do Judiciário vai de encontro com uma estrutura despreparada:

O aumento da demanda, no entanto, encontrou o Judiciário com uma estrutura despreparada para processar e julgar as causas no tempo necessário, pois a constância e a intensidade das mudanças sociais são maiores do que as condições de adaptação da organização e estrutura das instituições públicas.

É notório, que o amplo acesso à tecnologia em diversas searas e a intensificação da sua utilização caracterizam o mundo moderno e leva a constatar que os operadores do direito serão confrontados rotineiramente às produções e disputas decorrentes do uso dessas tecnologias (Azevedo, 2014, p.15). Desse modo, fez-se necessário que o Poder Judiciário acompanhasse essas mudanças, as quais interferem diretamente na dinâmica processual, bem como nas novas demandas que são impostas cotidianamente (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

Com o objetivo de asseverar mais rendimento e eficiência na seara judiciária, a Emenda Constitucional 45 de 2004, foi responsável por várias mudanças no cenário em relação a organização e ao funcionamento. Foi a partir dela que o princípio da razoável duração do processo passou a ser assegurado na Constituição brasileira. Moraes (2013, p. 179) discorre positivamente acerca do tema:

Na tentativa de alcançar esses objetivos, a EC nº 45/04 trouxe diversos mecanismos de celeridade, transparência e controle de qualidade da atividade jurisdicional. Como mecanismos de celeridade e desburocratização podem ser citados: a vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juízes a efetiva demanda judicial e a respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Como mencionado alhures, a Lei nº 14.419, sancionada em 2006, tornou-se um marco histórico na seara judiciária brasileira, já que foi a primeira norma a legislar acerca da informatização dos processos.

É incontestável que a pandemia de Covid-19 intensificou essa informatização no Judiciário. Nesse cenário, as audiências, os atendimentos, as diligências e os petições se deram totalmente por meios virtuais (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021; Vieira; Barbosa; Anjos, 2022).

Os resultados da implantação de maneira mais diligente no Poder Judiciário se deram logo no primeiro semestre de 2020, quando houve um significativo aumento da produtividade com a adesão das videoconferências por intermédio da plataforma *Cisco Webex*, onde foram realizadas até agosto do mencionada ano mais de 366 mil videochamadas (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

Os Tribunais estaduais criaram 13.689 salas de reuniões, acompanhados dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) com 4.871 salas, seguidos pelos Tribunais Federais (TRFs) com 1.361, os Tribunais Regionais Eleitorais (TREs) com 278, os Tribunais Superiores com 52 e, por fim, os Tribunais Militares com 62 salas (CNJ, 2020).

O Tribunal de Justiça da Bahia não ficou atrás desses resultados, pelo contrário, houve um significativo aumento do indicador de produtividade já nos primeiros meses de

pandemia, vez que adotou diversos mecanismos de tecnologia para o prosseguimento das atividades judiciais como forma de medida sanitária (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

O TJBA acentuou os atendimentos por telefone e e-mail, passou a adotar atendimentos pelo balcão virtual, disponível no próprio *site*, além de intensificar a utilização dos autos eletrônicos. Outrossim, inovou quanto a inserção do teletrabalho, bem como as audiências virtuais (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

A Resolução 420/2021 do CNJ, ensejando precipuamente a celeridade processual, definiu que desde 1º de março de 2022 os tribunais brasileiros só protocolariam em formato virtual. No mesmo ano os processos eletrônicos já eram 98,90%.

Especificamente no Tribunal de Justiça da Bahia, o percentual de casos novos eletrônicos no ano de 2021 na seara Estadual foi de 100%, conforme informações do Justiça em Números (CNJ, 2022).

Percebe-se que o CNJ foi um grande incentivador da implantação e aperfeiçoamento das plataformas digitais. Uma das suas contribuições foi a criação do Programa Justiça 4.0, que propõe a disponibilização de novas tecnologias e a utilização da inteligência artificial na máquina judiciária, promovendo soluções virtuais de forma colaborativa, proporcionando assim, atividades mais céleres dos tribunais e potencializando o trabalho dos magistrados.

O Programa opera em quatro principais objetivos, que são: inovação e tecnologia; formulação, implantação e monitoramento de políticas judiciais com base em evidências; fortalecimento da atuação de gestão de dados e informações; e transferência de conhecimentos e soluções ao CNJ além de outros órgãos da Justiça.

O Justiça 4.0 é um programa colaborativo e inovador nesse ramo, inclusive é por meio desse *software* que ocorre a gestão do Processo Judicial Eletrônico (PJE), que tem como intuito o de exercer uma política nacional de gerenciamento desse sistema.

Outro projeto lançado pelo CNJ foi a elaboração do Manual de Digitalização de Documentos do Poder Judiciário, estabelecido pela Resolução nº 469/2022. O Manual visa inserir uma “fonte de consulta de todos os tribunais para a aplicação das diretrizes e dos

requisitos a serem observados na conversão de documentos para o formato digital e na gestão dos respectivos representantes digitais” (CNJ, 2023).

Além disso, pretende mostrar técnicas no procedimento de digitalização e de documentos convertidos que atendam os requisitos impostos pelo Poder Judiciário. Tudo isso, objetivando assegurar a eficiência, a economicidade, a sustentabilidade e o uso correto de recursos humanos e materiais. Ademais, o processo elaborado no Manual também prevê bater algumas metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) (CNJ, 2023):

O Manual de Digitalização de Documentos do Poder Judiciário, a ser utilizado em conjunto com os Manuais de Gestão Documental e de Gestão da Memória, é mais um importante instrumento de auxílio aos tribunais no desempenho da relevante tarefa de virtualização dos serviços judiciais e administrativos, contribuindo também para a implementação de meta 16.1 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 16 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, que prevê o desenvolvimento de instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

A criação de plataformas, como também o melhoramento daquelas já utilizadas na seara judiciária, foi essencial nesse processo. Os advogados, magistrados e servidores usam cotidianamente o Processo Judicial Eletrônico (PJE), o Sistema de Execução Unificado, o Sistema Eletrônico de Informação (SEI), o Projudi, o Balcão Virtual e outras plataformas. A utilização, inclusive, mudou de forma definitiva o regime de trabalho de todos os servidores e magistrados, que passaram, dependendo do sistema adotado por cada Tribunal, a trabalhar tanto de forma remota quanto presencial ou híbrida (Vieira; Barbosa; Anjos, 2022).

Para Silva (2017, p. 56), a chamada “juscibernética” tem a primordial função de amparar esses operadores do direito:

Sinteticamente, pode-se dizer que atualmente, a informática jurídica tem caráter eminentemente auxiliar a empreitada dos operadores do Direito, afinal, a busca de legislação e de jurisprudências faz parte do trabalho do jurista, trabalho este muito facilitado pela utilização de programas e mecanismos informáticos próprios. De qualquer forma, juscibernética ou informática jurídica, não é uma disciplina única, para tanto, para compreendê-la e aplicá-la, requer-se um diálogo interdisciplinar.

Almejando demonstrar o nível de favorecimento dos meios tecnológicos, a pesquisa dos termos de Governança, Gestão e Infraestrutura de Tecnologia da Informação e Comunicação do ano de 2019, promovida pelo CNJ, obteve o resultado com níveis de excelência no gerenciamento da tecnologia do Judiciário, com dados retirados de 92 órgãos de justiça no Brasil (CNJ, 2019). No ano em que se realizou a pesquisa, 26 órgãos, correspondente a 39,13% alcançaram o nível de aprimoramento; 55 órgãos, proporcional a 59,78%, obtiveram o nível satisfatório. O único tribunal que logrou o nível de excelência foi o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe (TRE-SE).

No que se referem aos progressos principiados pelo judiciário, está os limites em relação aos tamanhos dos arquivos anexados ao e-SAJ – plataforma utilizada anteriormente ao PJe, e manuseada ainda por alguns Tribunais. Há alguns anos, nesse sistema operacional só era permitido a inserção de arquivos com no máximo 10 Mb. Por vezes, era necessário que os advogados fragmentassem o peticionamento em várias partes para atingir o limite proposto pela plataforma.

Essa situação causava grandes transtornos ao cotidiano, em especial, dos advogados, vez que é comum o protocolo de petições com imagens, anexo de vídeos, de fotografias, de mapas cartográficos e de planilhas. Desse modo, o limite de tamanho de arquivos ocasionava o empecilho na distribuição de vários atos processuais (TJSP, 2013).

Nesse mesmo diapasão, era muito comum os sistemas, sobretudo o PJe, ficar indisponível. Muitas vezes no processo de protocolo de alguma ação ou petição intermediária a plataforma entrava em manutenção, em virtude disso era preciso realizar o mesmo ato mais de uma vez.

Com a pandemia de Covid-19 e a necessidade do teletrabalho, foi crucial o melhor desenvolvimento desse sistema, bem como foi preciso um suporte maior e mais adequado para as dúvidas dos servidores, advogados e magistrados que estavam em *home office*. Ademais, é imprescindível ressaltar o recurso de salvar peças e anexos no próprio PJe, evitando passar pelo processo de executar o mesmo ato diversas vezes, como já supramencionado.

Outro aspecto positivo em relação às novas ferramentas inseridas pelo Poder Judiciário, está o atendimento pelos magistrados e servidores por meio de videoconferência. Esse mecanismo foi instaurado no TJBA em abril de 2021 e o suporte é oferecido no próprio site do Tribunal, sendo necessário que o solicitante apenas se cadastre para acessar a plataforma (TJBA, 2020).

São disponibilizados os atendimentos pela secretaria à parte e ao advogado, bem como pelo juiz à parte e ao advogado. Além de emissão de certidões cível e criminal, e carga/devolução de autos físicos.

Associado a esse atendimento por videoconferência, tem-se o Balcão Virtual, que foi criado mediante o Ato Conjunto nº 6/2021 e o Decreto do Tribunal da Bahia nº 167, e foi regulamentado pelo CNJ como via definitiva de acesso remoto direito. É um sistema que enseja ser um canal de atendimento remoto, similar ao atendimento presencial, e que sem dúvidas, possibilitou a praticidade no cotidiano, precipuamente, dos advogados e das partes.

Vislumbra-se, desse modo, que apesar do período pandêmico ter assolado o mundo, os Tribunais pátrios, sobretudo o TJBA, realizaram implementações tecnológicas, visando resultados eficientes e céleres, e conseguiram alcançar respostas positivas no que concerne à produtividade. E, por meio desses resultados, conseguiram que os instrumentos de tecnologia, sobressaíssem para além da pandemia, sendo utilizados até hoje, no contexto pós-pandêmico.

3 ACESSO À JURISDIÇÃO: UM DIREITO FUNDAMENTAL NA PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

O conceito de direito ao acesso à justiça tem evoluído ao longo do tempo, e a concepção que prevaleceu nos séculos XVII e XIX difere consideravelmente daquela que é promovida nos dias de hoje. Anteriormente, a ideia de inafastabilidade da jurisdição estava relacionada apenas à decisão de violar esse direito, sem garantir um exercício judiciário completo. No entanto, devido às novas exigências sociais, o Estado teve que se adaptar e garantir a todos os membros da sociedade o direito fundamental de acesso à justiça.

O primeiro registro acerca do ingresso à jurisdição foi previsto no artigo 75 do Código Civil de 1916, que dispunha: “a todo o direito corresponde uma ação que o assegura”. Posteriormente a isso, na Constituição de 1946, foi a primeira vez em que esse direito foi previsto constitucionalmente, haja vista que o dispositivo legal determinava que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”, disposto em seu artigo 141, § 4º.

Para Canotilho (2003, p. 275), “o princípio visa garantir uma melhor definição jurídico-material das relações entre Estado-cidadão e particulares-particulares, e, ao mesmo tempo, assegurar uma defesa dos direitos segundo os meios e métodos de um processo juridicamente adequado”.

Na contemporaneidade, o significado do acesso à jurisdição vai além da mera possibilidade de ingresso ao Poder Judiciário, sendo legalmente consagrado na atual Constituição Federal, especificamente no seu artigo 5º, abrangendo tanto os direitos individuais como os direitos difusos e coletivos. Essa perspectiva é ressaltada por Cappelletti e Garth (1998, p.03):

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Desta forma, a garantia do direito de acesso à justiça é uma responsabilidade do Estado e um direito dos cidadãos. É um mecanismo pelo qual os indivíduos podem fazer valer seus direitos, resultando na produção de decisões que estejam em conformidade com os princípios constitucionais fundamentais. Isso é alcançado por meio da garantia ao contraditório efetivo, a ampla defesa, a eliminação de atrasos indevidos, a promoção de eficiência e a observância de um prazo razoável para a conclusão dos processos, tudo isso sem comprometer o devido processo legal (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

Quando esses alicerces não estão alinhados, o resultado é a carência de justiça, pois, o acesso à jurisdição não se resume simplesmente ao acesso formal ao sistema judiciário. Ele engloba, de fato, todo o ciclo do devido processo legal, uma vez que, como afirmou Ruy Barbosa, “a justiça tardia nada mais é que injustiça”. Portanto, trata-se de uma conexão inseparável, e para que o acesso adequado seja garantido em conformidade com as disposições constitucionais, é fundamental entender que ele vai além do mero ingresso em um tribunal. Nesse sentido é o entendimento de Feitoza (2007, p. 57):

Além de assegurar o ingresso em juízo e o direito a uma decisão judicial, a garantia de acesso à justiça objetiva também a ampliação dos mecanismos capazes de estender os efeitos do provimento jurisdicional ao maior número possível de beneficiários, através do incremento de pessoas e entidades legitimadas a postular judicialmente em defesa de direitos coletivos e difusos, além da previsão de ações próprias para esse fim, como o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, a ação direta de inconstitucionalidade.

Cappelletti (2002, p.11) conceitua a evolução do conceito de acesso à jurisdição como algo de importância primordial. Esse é o direito mais básico dos direitos humanos dentro de uma ordenação jurídica que visa a modernidade e a democratização. Em razão disso, nas demandas da atualidade, o acesso à justiça vem sendo cada vez mais reconhecido.

Como mencionado alhures, com a modernização desse conceito e as novas exigências sociais, o princípio da garantia da via judiciária é evidenciado de diversas formas. Foi baseado nesse princípio que surgiu a Lei nº 1.060, que estabelece normas para a concessão da assistência judiciária gratuita. Além disso, por intermédio da ampliação do acesso à justiça que foi determinado a cooperação jurídica internacional, que legisla acerca da igualdade de tratamento entre pessoas nacionais e estrangeiras, residentes ou não no Brasil.

Outrossim, o direito em apreço, foi objeto de promulgações de leis como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), leis que protegem os interesses das pessoas portadoras de

deficiência (Lei nº 7.853/89), dos indígenas (Lei nº 6.001/73), das crianças e dos adolescentes (Lei nº 8.069/90) e do meio ambiente (Lei nº 9.605/98).

Para além disso, Neto (2015, p. 40) destaca a importância de equilibrar o papel da legislação em relação ao acesso à justiça e cita a lei da concessão de assistência judiciária aos necessitados como um desmembramento do princípio da inafastabilidade da jurisdição:

Ora, se por um lado a lei não pode impedir ou dificultar o acesso ao Judiciário, por outro ela deve fomentar o acesso à justiça, através da asseguuração de direitos e, por igual, da ampliação e facilitação dos canais para persegui-los em juízo quando injustificadamente denegados ou d'algum modo malferidos. Preocupado com essa realidade, portanto almejando a facilitação do acesso ao Judiciário para os necessitados, o legislador federal editou, no ano de 1950, a Lei nº 1.060, a qual estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos indivíduos mais carentes.

Nesse contexto, diante dos desafios enfrentados pelo sistema judiciário brasileiro, surgiu a necessidade de acentuar esse e outros direitos fundamentais, como a celeridade processual. Essa demanda tornou-se ainda mais relevante no contexto afetado pela pandemia do COVID-19.

Assim, a incorporação da tecnologia tornou-se uma vantagem aliada para o sistema judiciário, contribuindo para sua profissionalização e melhorando sua eficiência (Silva, 2018, p. 18). Esse novo cenário que foi moldado pela interrupção de diversas atividades, obrigou o Poder Judiciário a se adaptar a essa nova realidade, uma vez que, de acordo com o Artigo 93, Inciso XII da Constituição Federal, a atividade jurisdicional não pode ser interrompida.

Ao consagrar o direito ao acesso à justiça como um princípio fundamental, conforme previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, o Estado assumiu a responsabilidade de garantir sua prestação e se comprometer a atender às necessidades da sociedade em todos os momentos, inclusive durante os desafios contemporâneos, a pandemia COVID-19 (Grinover, 2011, p. 157):

O princípio da inafastabilidade (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao

Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”, nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão.

Desse modo, no ano de 2020, visando adaptar-se a nova realidade, a inserção de mecanismos tecnológicos intensificou demasiadamente, visto que foi necessário manter o andamento dos processos, pacificação das lides, além de assegurar o acesso à justiça (Vivas, 2021, p. 7).

Sob tal ótica, não poderia o Poder Judiciário, mesmo em situação excepcional gerada pela Pandemia pelo Covid 19 (Coronavírus), furtar-se à prestação jurisdicional, uma vez que caracterizado o Acesso à Justiça enquanto princípio, aliado à Dignidade da Pessoa Humana como um dos Fundamentos da República Federativa do Brasil – artigo 1º, inciso III da Constituição Federal.

Nessa seara, as tecnologias que eram facultativas ou eram implantadas de forma lenta, passaram a serem essenciais e obrigatórias, por meio de decretos impostos pelos tribunais (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

Dessa forma, essas metodologias foram inseridas para garantir a continuidade das atividades judiciais e assegurar o acesso à justiça, proporcionando excelentes resultados, especialmente no Tribunal de Justiça da Bahia.

4 O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA: PRODUTIVIDADE PARA ALÉM DA PANDEMIA?

O sistema judiciário da Bahia tem adotado gradualmente mudanças nas práticas legais ao longo de sua história, adaptando-se progressivamente às inovações tecnológicas. No entanto, essa trajetória de transformação é contínua e está longe de se consolidar, uma vez que a pandemia destacou a eficiência do trabalho remoto através de plataformas digitais. A capacidade de realizar procedimentos de forma eficaz usando meios eletrônicos é inquestionável, e, com o fim da pandemia a tendência de virtualização, que já estava em

andamento por meio das ferramentas utilizadas pelo Poder Judiciário, como a Inteligência Artificial e os novos *softwares*, é crescente e necessária.

Em 1999, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia implementou o Sistema de Acompanhamento Integrado de Processos Judiciais (SAIPRO), conforme informações fornecidas pelo próprio TJBA. Embora o SAIPRO não tenha sido classificado como um sistema de processo eletrônico, uma vez que se destinou ao acompanhamento, categorização e organização de processos, ele marcou a primeira incursão do Tribunal no uso de ferramentas virtuais para catalogar processos físicos. De acordo com dados, o SAIPRO ainda é utilizado em comarcas do interior do estado, no entanto, sua tecnologia desatualizada torna-se desafiadora a sua adaptação aos processos eletrônicos (TJBA, 2019).

O próximo avanço significativo ocorreu em 2008, quando o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia introduziu o Processo Judicial Digital, conhecido como PROJUDI, que é atualmente utilizado pelos Juizados Especiais do Estado e nas Turmas Recursais. Esse programa possibilita que o processo tramite de maneira virtual ao longo de todo o seu desenvolvimento, abrangendo até mesmo as tarefas cartorárias, resultando em maior rapidez no âmbito jurídico.

Na sequência, em 2011, o TJBA inseriu o Sistema de Automação da Justiça (e-SAJ) para o acompanhamento processual de Primeira e Segunda instância. A implantação do Processo Judicial Eletrônico (PJE) na Bahia só teve início em 2014, tendo sido inicialmente implantado em comarcas do interior antes de sua expansão.

Dessa forma, conforme observou-se na pesquisa, atualmente, o Poder Judiciário da Bahia faz uso de vários sistemas processuais, embora os mais usuais sejam o PJe, o PROJUDI e o SEI. Todavia, o uso dessas ferramentas tecnológicas foi acentuado nos anos de 2020 e 2021, impulsionado pela pandemia, que, apesar do momento atípico, promoveu a implementação de mecanismos que garantiram a continuidade das atividades jurisdicionais.

Cumprе salientar que o Decreto Judiciário nº 529, de 22 de julho de 2022, dispôs sobre a migração dos processos digitais constantes no e-SAJ para o PJe, por meio do Núcleo UNIJUD Digital, em consonância com a Secretaria de Tecnologia da Informação e

Modernização (SETIM). Desse modo, nos dias atuais, praticamente não há mais movimentação pela plataforma do e-SAJ, vez que houve essa transferência para o Processo Judicial Eletrônico.

Nessa senda, o Estado da Bahia, assim como maior parte do País, passou por mudanças nas práticas judiciárias e vem se adaptando consideravelmente à nova realidade com a intensificação do uso das tecnologias e ferramentas virtuais como meio de otimização de seu trabalho, e a garantia da inafastabilidade jurisdicional, sobretudo no período pandêmico, uma vez que o *home office* faz-se substancial e todas as bases eletrônicas tornaram-se indispensáveis. Contudo, esse processo de transição foi, e é, uma caminhada constante.

Mas, de qualquer forma, analisou-se, a partir dos dados colhidos, que o uso intensivo dos instrumentos de tecnologia influenciou diretamente na otimização da duração dos processos e também produziu uma rede simplificada de rotina processual (TJBA, 2019):

O acervo digital possibilita a realização de saneamentos à distância; requer uma menor infraestrutura nas unidades; e evita perdas, extravio ou danificação de processos. Com um único sistema, usuários internos e externos terão apenas uma via de pesquisa e acesso, o que facilita também a coleta de dados e impacta em maior produtividade, em função da simplificação da rotina operacional.

Foi constatado que no ano de 2019, o TJBA já era destaque em relação a sua produtividade, haja vista que o Tribunal obteve os melhores índices de rendimento entre os Tribunais brasileiros, consolidando, inclusive, em primeiro lugar do *ranking* do CNJ (2019).

No ano de 2020, logo no início da pandemia, para assegurar as medidas sanitárias relativas ao COVID-19, o Tribunal de Justiça da Bahia instituiu o Decreto Judiciário nº 226 que dispôs o teletrabalho. Para isso, os gestores definiram as sistematizações do trabalho, bem como determinaram metas a serem atingidas pelos servidores durante o período de *home office*.

Outrossim, como meio de conferir celeridade processual, o Tribunal designou o Decreto Judiciário nº 326, de 15 de junho de 2020, estabelecendo as audiências virtuais, no entanto, intensificaram durante a pandemia, e perduram até os dias atuais, comprovando, assim, os resultados significativos dos meios tecnológicos no Judiciário.

No que se refere à organização das audiências, o Decreto Judiciário nº 326 autorizou a alteração dos julgamentos presenciais que originalmente tinham a possibilidade de sustentação oral, de acordo com o Ato Conjunto nº 02 de 17 de fevereiro de 2020, para julgamentos por videoconferência.

Como resultado dessa medida, as audiências passaram a ser transmitidas ao vivo pela internet, e a sustentação oral passou a ser realizada por meio de videoconferência, usando a plataforma *Lifesize*, conforme especificado no Decreto Judiciário nº 276, de 30 de abril de 2020. Nesse processo, os advogados legalmente habilitados seguem os prazos estabelecidos pelo Regimento Interno dos Juizados Especiais, bem como pelas leis processuais correspondentes, para solicitar a sustentação oral por meio do sistema.

Ressalta-se que a implementação das videoconferências no TJBA não ocorreu devido à situação pandêmica, visto que já estava prevista desde fevereiro de 2019. Essa medida tinha como objetivo acelerar o andamento dos processos, em conformidade com o princípio da duração razoável do processo, ao mesmo tempo em que buscava garantir uma prestação jurisdicional rápida, eficaz e acessível (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

Nos dias atuais as audiências e as sustentações orais por videochamada é uma realidade para os operadores do Direito, e incontestavelmente, predispôs agilidade ao procedimento, podendo proporcionar flexibilidade aos advogados, magistrados, servidores e às partes. As videoconferências ainda ocorrem pelo aplicativo *Lifesize*, que é de fácil acesso, sem ter a necessidade nem de baixá-lo, basta efetuar o *login* com um e-mail para acessar as salas de audiência.

Como resultado dessas implementações, no relatório elaborado pelo CNJ, o Justiça em Números de 2021, demonstrou que o TJBA logrou a maior pontuação no Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) (CNJ, 2021):

No geral, considerando todos os tribunais estaduais, a média do IPC-Jus foi de 84%. A pontuação do Judiciário baiano é resultado do esforço de toda a equipe – magistratura, servidores, servidoras, colaboradores e colaboradoras. O ano de 2020 foi marcado pelo desafio da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), que motivou a adoção de novas ferramentas tecnológicas para o TJBA se manter atuante e produtivo.

Nesse ínterim, o supracitado programa Justiça 4.0 promove a instalação do Juízo 100% Digital, instaurada pela Resolução n. 385/2021, que se baseia na inserção total de tecnologia no Poder Judiciário, como forma de acesso à Justiça, para que as pessoas que litigam ou que de alguma outra forma estão envolvidas no processo, não precisem deslocar-se fisicamente aos fóruns.

A inclusão do Juízo 100% Digital é optativa aos Tribunais, porém possibilita a celeridade exigida nos dias atuais, além de propiciar a duração razoável dos processos como direito fundamental.

Visto isso, o TJBA está entre os cinco Tribunais que alcançaram a inclusão total do Juízo 100% Digital. Em conformidade com os dados extraídos do sítio eletrônico do CNJ, as 712 Serventias do Estado da Bahia, atualmente contam com o citado programa, proporcionando rapidez processual, segurança jurídica, transparência, redução de gastos públicos e acessibilidade.

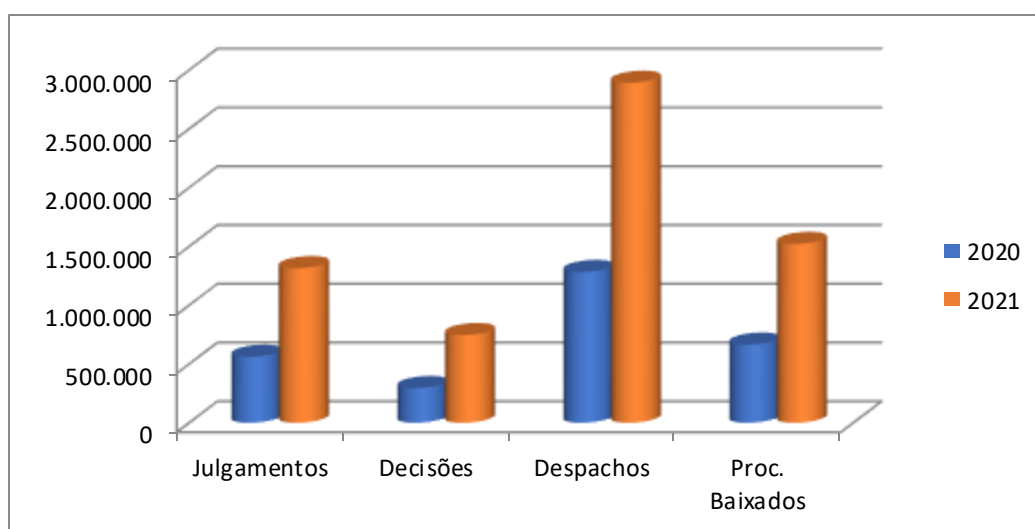
No que se refere à produtividade do Tribunal, observou-se que logo nos primeiros meses de pandemia, o TJBA demonstrou grandes índices de rendimento, visto que houve um aumento de 13,59% na produção de atos processuais, de 01/03/2020 a 31/03/2020, resultando um montante de 510.759, contra 449.652 no mesmo período no ano de 2019 (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021).

Ademais, o aumento dos despachos aumentou em 18,34% em relação aos demonstrados no mesmo mês no ano de 2019. Os processos julgados alcançaram um aumento em 11,35% e os baixados em 20,40%, quando equiparado ao ano anterior.

Conforme dados extraídos do Portal de Estratégia do TJBA sobre a produtividade do teletrabalho entre os dias 16/03/2020 a 24/08/2020, realizaram-se 560.936 julgamentos,

295.233 decisões, 1.282.516 despachos, 664.821 processos baixados, finalizando com uma soma de 2.803.506 atos processuais.

Outrossim, confirmou-se que no período semelhante em 2021, de 24/08/2020 até a data de 25/07/2021, houve 1.314.724 julgamentos, 745.687 decisões, 2.891.773 despachos e 1.520.782 processos baixados, totalizando em 6.472.966 de atos processuais.



Nesse viés, observa-se que os julgamentos tiveram um aumento de 134,38%, as decisões 152,57%, os despachos 125,47%, os processos baixados 128,75%, e a soma total de atos processuais 130,88%, todos comparados ao ano anterior, em 2020.

Por sua vez, entre os dias 25/07/2021 a 12/12/2021, tiveram 648.998 julgamentos, 385.073 decisões, 1.430.501 despachos e 662.858 processos baixados, resultando em 3.127.430 atos processuais em apenas cinco meses, até quando perdurou o *home office*.

No ano de 2021, verificou-se que o Índice de Produtividade Comparada da Justiça (IPC-Jus) do Tribunal de Justiça da Bahia alcançou nível de excelência, obteve o índice de 97%. Esse indicador estabelece estatísticas de rendimento que são medidas por sistemas de análise de dados, mensurando a produtividade dos tribunais de maneira comparativa entre eles. Para Gomes (CNJ, 2021), esse mecanismo se fez essencial no período de pandemia para averiguar os resultados do teletrabalho:

Essa técnica é especialmente importante no período específico de pandemia de 2020 ao qual o relatório se refere, já que permite que cada tribunal verifique pontualmente os indicadores de performance que poderiam ser melhorados em relação aos demais tribunais e considerando o mesmo lapso temporal.

Evidentemente, o IPC-Jus foi substancial na conjuntura pandêmica, vez que atestou os índices de excelência do TJBA, como também comprovou sua produtividade no ano subsequente, em 2021.

O indicador também obteve resultados acerca do rendimento das instâncias dos Tribunais. No TJBA, o primeiro grau logrou o índice de 93%. Por outro lado, o segundo grau alcançou 40%.

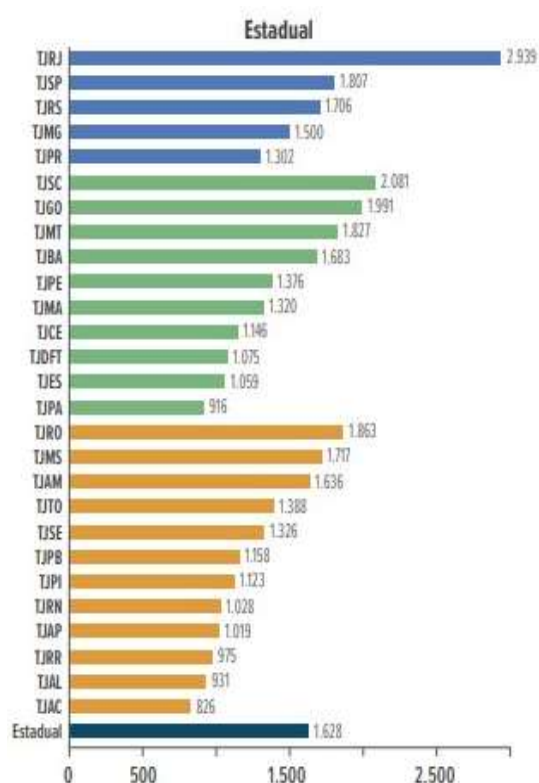
Constata-se, ainda, a eficiência de cada indicador analisado pelo IPC-Jus de forma separada, considerando a relação entre a taxa de congestionamento líquida e a produtividade dos juízes, dos servidores, como também as despesas dispendidas no ano.

Nos gráficos do ano de 2021, em que demonstram os resultados dos magistrados, servidores, e as despesas, o Tribunal da Bahia encontra-se em nível médio, no entanto, está próximo da linha de fronteira, indicando uma boa produtividade.

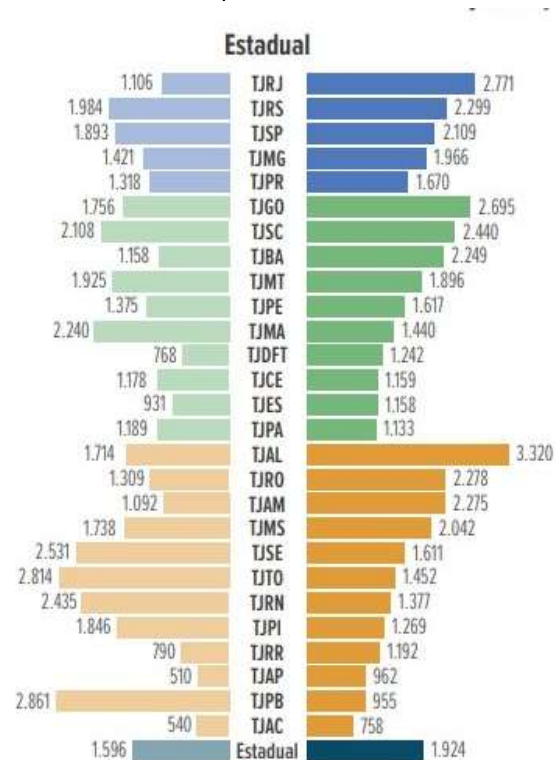
Nessa senda, vale ressaltar especificamente o indicador desses operadores do Direito. O Índice de Produtividade dos Magistrados(as) (IPM) e o Índice de Produtividade dos Servidores(as) (IPS-Jus) são medidos pela relação entre a quantidade de processos baixados e o número de magistrados e servidores que trabalharam durante o ano na jurisdição. O indicador dos juízes constatou um montante de 1.683. Por outro lado, o índice de rendimento dos servidores apontou o valor de 178, ficando em quinto lugar no *ranking* de relações dos outros tribunais brasileiros.

Já no ano de 2022, apontou-se que o índice de produtividade dos magistrados fixou um valor de 2.249, registrando 33,6% a mais que o ano anterior. O resultado dos servidores também aumentou, fixando em 227, ou seja, um aumento de 27,5% no rendimento.

INDICADOR DE PRODUTIVIDADE DOS MAGISTRADOS, POR TRIBUNAL.

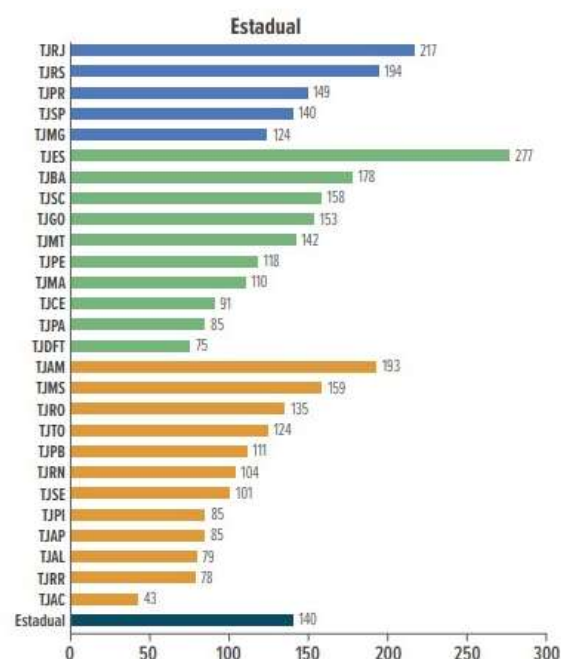


Fonte: Justiça em Números 2022 (CNJ, online, 2022)

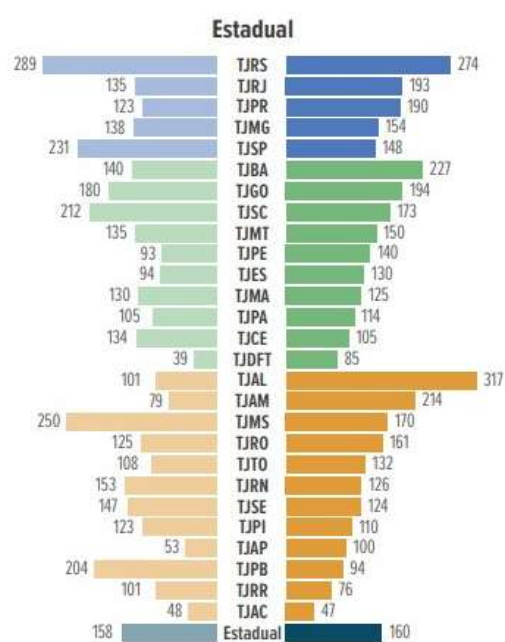


Fonte: Justiça em Números 2023 (CNJ, online, 2023)

INDICADOR DE PRODUTIVIDADE DOS SERVIDORES, POR TRIBUNAL.



Fonte: Justiça em Números 2022 (CNJ, online, 2023)



Fonte: Justiça em Números 2023 (CNJ, online, 2023)

No que concerne aos processos em fase de execução, o relatório do Justiça em Números de 2022, aponta que consistem uma grande parte em tramitação e geralmente é o estágio que mais dispende tempo. Visto isso, o Tribunal de Justiça da Bahia obteve um resultado de 42,1%, no percentual de casos pendentes de execução em relação ao estoque total de processos, ocasionando um bom índice quando comparado às outras Cortes do país.

O indicador do relatório de 2023 atingiu um número um pouco maior que o ano anterior, chegando a porcentagem de 43,4%. No ano de 2022, de acordo com informações retiradas do RADAR do Poder Judiciário da Bahia (2022), 9.640.682 processos foram dados baixa definitiva. Por conseguinte, o Índice de Atendimento à Demanda (IAD) foi mantido sempre acima de 80%.

Os meses de julho até dezembro se destacaram, estando superiores a 100%. Em julho o resultado foi 107,6%, agosto foi 105,8%, setembro resultou em 105,5%, outubro obteve 108,1%, novembro alcançou 107,6%, por fim, dezembro constatou 105,1%. Outrossim, no mesmo viés de produtividade atingida pelo TJBA, ano passado, trinta unidades judiciais superaram o histórico de rendimento, e como consequência, conquistaram a categoria Diamante do Selo Justiça em Números 2022 (TJBA, 2023):

A conquista reflete o esforço de magistrados e servidores em reduzir a taxa de congestionamento de processos no ano de 2022. Em todo o Tribunal foram, no total, 18 unidades da capital, de 1º e de 2º Grau, e 12 unidades de oito comarcas do interior que conquistaram o Selo diamante.

O Selo analisa a efetividade do Tribunal em um determinado período, considerando o total de casos novos que foram ajuizados, os processos baixados, bem como o estoque pendente ao final desse período estudado. Salienta-se, ainda, que entre as unidades premiadas a 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Itabuna está entre as contempladas.

Nesse diapasão, é perceptível que apesar da pandemia que assolou o mundo, o Poder Judiciário da Bahia se destacou nos níveis de eficiência, proporcionando resultados rápidos para suas demandas (Anjos; Barbosa; Vieira, 2021). Vislumbra-se, também, que os

mecanismos empregados durante o período pandêmico foram além daquela conjuntura, fixando no cotidiano do Tribunal e mantendo os níveis de excelência e celeridade. Após a exposição e discussão de dados coletados em análise eminentemente quantitativa sobre a relação entre pandemia, instrumentos tecnológicos e a produtividade do TJBA, abordar-se-á no próximo capítulo a relação qualitativa entre a virtualização judicial e a eficiência na administração da justiça.

5 A EFICIÊNCIA INTERLIGADA COM A PRODUTIVIDADE DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A iniciativa de virtualização do Poder Judiciário brasileiro não é algo recente, como demonstrado alhures. Há bastante tempo essa informatização é aos poucos inserida no cotidiano dos operadores do Direito.

Com as novas demandas e as diversas ações ajuizadas nos Tribunais, são comuns as exigências de produtividade e celeridade no desenvolvimento do trabalho desses profissionais. Contudo, é necessário pontuar a consonância da produtividade com a eficiência dessas atividades.

O Princípio da Eficiência na Administração Pública é um direito fundamental previsto constitucionalmente no art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.

Desse modo, a interpretação que se dá ao dispositivo legal é que os órgãos da Administração Pública, como também o Poder Judiciário deve obedecer a esse princípio. Nesse viés, o conceito de eficiência na seara jurídica é abordado por Alvim (2017):

As normas jurídicas devem, ser eficazes, quando de sua aplicação aos casos concretos, devem solucionar os conflitos de a forma a produzir um resultado satisfatório, eficiente.

Eficiência é o que se busca em toda espécie de administração, seja ela privada ou pública. O nosso sistema jurídico deve ser eficiente na aplicabilidade das normas jurídicas aos casos fáticos, produzindo a verdadeira efetividade que idealizamos no mundo das normas jurídicas, no

... mundo do "dever-ser". A eficiência é uma virtude, pois as ações humanas devem produzir um resultado eficiente, eficaz e no meio social, político a eficiência é o bem, o interesse da coletividade.

O sistema judiciário deve ser um bom prestador de serviço, haja vista que os litigantes têm o direito de terem respostas rápidas, dentro do que é efetivado no princípio da duração razoável do processo, ao passo que merecem uma decisão bem fundamentada e analisada em conformidade com a particularidade do caso concreto. Assim, a eficiência no desempenho do Judiciário, quando visa buscar decisões céleres, deve ser complementada em ser obtida de uma maneira eficaz, isto é, por uma fundamentação justa a fim de alcançar a efetividade almejada.

É relevante enfatizar que a necessidade de uma fundamentação adequada das decisões judiciais ganhou destaque, especialmente com as referências nos diversos artigos do atual Código de Processo Civil Brasileiro, notadamente nos Artigos 11 e 489, parágrafo 1º e seus incisos. Esse cenário reflete a preocupação em equilibrar a celeridade necessária e a eficácia no sistema judicial, sendo preciso haver um equilíbrio entre os dois valores. Nos dias atuais, a busca no âmbito jurídico é por resultados positivos, mas ao mesmo tempo baseados em decisões bem estruturadas. Nesse mesmo sentido é o pensamento de Bonício (2009, p.22):

(...) tanto no que diz respeito ao aprimoramento do conteúdo das decisões judiciais, quanto no que diz respeito à necessidade de abreviar o tempo que os processos levam para produzir resultados. [Esta fase] chamada de "instrumentalista", está na importância dada aos resultados que o processo produz na vida das pessoas e na sociedade em geral, a partir de uma visão crítica de todo o sistema.

Ao priorizar os resultados práticos e considerar o impacto das decisões no contexto social, a abordagem instrumentalista destaca a necessidade de um sistema judiciário eficiente e eficaz. Isso implica não apenas em provar decisões de qualidade, mas também em reduzir o tempo necessário para que essas decisões sejam alcançadas. A visão crítica

mencionada sugere uma avaliação profunda e reflexiva de todo o sistema judicial, identificando falhas e oportunidades de melhoria.

Destaca-se a importância de uma abordagem instrumentalista no Direito, que não apenas se preocupa com o processo em si, mas busca garantir que as decisões judiciais tenham um impacto positivo e eficaz na vida das pessoas e na sociedade, ao mesmo tempo em que propõe uma análise crítica do sistema para promover melhorias contínuas.

Nessa toada, vislumbra-se a necessidade da utilização dos melhores recursos tecnológicos à disposição para atender as exigências do mundo contemporâneo. Procurar atualizar-se nesse sentido é tomar a iniciativa de agir com eficiência. Consequentemente, o Judiciário proporcionará respostas céleres. De acordo cita Esteves (2021, p. 26), é preciso relacionar a celeridade com a eficiência, uma vez que resultados demorados causam credibilidade ao Judiciário:

É possível interligar também os termos "eficiência", "celeridade" e "razoável duração" nos processos judiciais, sendo o fator "tempo", crucial nesse cenário. O transcorrer prolongado no tempo para a análise dos procedimentos judiciais e na sua duração afetam a confiança no Poder Judiciário, além de evidenciar um descrédito em relação ao mesmo, gerando o sentimento de completa insegurança jurídica na sociedade. Quando se fala de tempo razoável de duração de um processo, "não é necessariamente o tempo mais curto, mas justamente o mais adequado para que cumpra suas funções conforme os fatos e complexidade de cada lide". Isto porque, acelerar um processo dotado de complexidade com especificidades para aprovação dos fatos e provas, pode algumas vezes desqualificar esse ponto da "razoabilidade" de sua duração e consequentemente, será ineficaz.

É imperiosa a necessidade de equilibrar a celeridade processual com a qualidade das decisões. A ideia de que a resolução de litígios deve ser eficiente, mas sem comprometer a segurança jurídica, é crucial para um sistema judicial equitativo e confiável.

A abordagem proposta por Monica Couto e Samantha Meyer (2014, p.03) de encontrar uma "fórmula envolvida" entre a rapidez e a qualidade reflete uma busca pela eficiência sem sacrificar os princípios fundamentais da justiça. Esse equilíbrio é

especialmente relevante num contexto em que uma demora excessiva pode comprometer a efetividade do sistema, mas decisões precipitadas podem resultar em injustiças.

A reflexão sobre o equilíbrio entre celeridade e segurança é essencial para aprimorar o funcionamento do sistema judicial e promover a confiança na entrega da justiça. Constatou-se por meio da pesquisa que no Tribunal de Justiça da Bahia, o índice de recorribilidade externa do Tribunal, realizado pelo Justica em Números 2022 (2022), alcançou um resultado admirável de 3,4%, quando comparado com outras Cortes brasileiras, a exemplo do Tribunal de Justiça da Paraíba, que chegou a porcentagem de 52,6% nesse indicador.

Já o índice de recorribilidade interna, resultou em 19,01%, ficando o TJBA acima da média em relação aos outros Tribunais. Por seu turno, infelizmente o relatório de 2023 não apresentou o índice específico de recorribilidade interna e externa por Tribunal. Contudo, divulgou o indicador referente às fases de conhecimento, de execução e relativa ao segundo grau. Na fase de conhecimento, a recorribilidade externa alcançou 35,1%, já a interna resultou em 5,5%. Na fase de execução, a recorribilidade externa fixou em 69,8%, enquanto a interna foi 5,1%.

Por fim, os resultados da recorribilidade externa e interna na segunda instância firmaram em notáveis índices de 4,1% e 3,8%, respectivamente. A título de esclarecimento, a recorribilidade interna é medida entre o número de recursos internos interpostos, aqueles que são julgados pelo próprio Tribunal, e o número de decisões terminativas e de sentenças proferidas. Por sua vez, a recorribilidade externa é calculada de acordo o número de recursos encaminhados da primeira instância para a segunda instância, como também os recursos da segunda instância para a terceira, ou seja, os recursos que serão julgados por outro Tribunal, e não aquele que proferiu a decisão recorrida.

Os indicadores de recorribilidade estão diretamente ligados com a eficiência promovida pelo TJBA, uma vez que quanto menos recursos forem interpostos, significa dizer que os litigantes estão satisfeitos com os resultados das decisões. É certo que em relação à recorribilidade externa das fases de conhecimento e execução, o Tribunal da Bahia ainda

deve melhorar seus índices de rendimento. No entanto, sem dúvidas, o indicador de recorribilidade externa, demonstrou excelentes resultados. Como também, os índices relativos ao segundo grau apresentaram exímias apurações.

Nessa perspectiva, ressalta-se a importância do processo como meio pelo qual o Estado se redime de suas obrigações de administrar a justiça, destacando que a finalidade não se limita à resolução dos conflitos entre as partes, mas também serve ao interesse público na prestação da jurisdição com qualidade. A inclusão do princípio da economia processual destaca a necessidade de eficiência e efetividade no sistema de justiça. Isso implica que o processo judicial não deve apenas cumprir formalidades, mas também buscar resultados práticos de maneira eficiente, otimizando recursos e tempo.

Além disso, ensejando o acesso à justiça e a tramitação de um processo justo, destaca-se a importância de um processo judicial que não seja apenas um procedimento técnico, mas que esteja em conformidade com os princípios e valores fundamentais estabelecidos na Constituição. Isso enfatiza a necessidade de alinhar o processo judicial aos princípios fundamentais da justiça e garantir que todos tenham acesso equitativo ao sistema judiciário.

Em suma, o referido equilíbrio entre produtividade e eficiência no trâmite processual, visa não apenas um meio de resolver disputas, mas também um instrumento fundamental para a realização da justiça e o cumprimento dos direitos constitucionais dos cidadãos. Marinoni (2009, p. 91) explana nesse mesmo sentido:

[...] quando se fala em processo civil, na contraposição entre o direito ao devido processo legal do qual o Estado é imbuído de garantir e o direito a uma justiça célere, eficaz, garantida por um processo justo, alguns preceitos incluídos na Constituição Federal ganham especiais contornos. A par dessa intimidade que o processo civil tem com a matéria constitucional, diretrizes como a humanidade, a legalidade, a igualdade, o juiz natural, o devido processo legal, a publicidade, o contraditório e a ampla defesa, a proporcionalidade, a razoabilidade e a celeridade, emanam da Constituição e sobrepõem-se nos procedimentos de ordem civil.

Pondera-se que o Estado ao cumprir sua responsabilidade de prestar um serviço jurisdicional eficiente e equitativo, depende de uma estrutura administrativa adequada. Essa estrutura não requer apenas recursos profissionais, mas também a utilização de recursos tecnológicos adequados e atuais.

Ao considerar o processo como um elo que conecta o Judiciário à sociedade, torna-se evidente que sua efetividade é crucial para a sua atuação. Nessa senda, quando o processo é informatizado, é imperativo que todo o sistema garanta a conformidade desses procedimentos com os valores constitucionais estabelecidos. Isso é essencial para garantir a todos as partes um processo justo e acessível.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou explorar a relevância do acesso à jurisdição como um direito fundamental durante a pandemia de coronavírus, destacando os efeitos positivos da inserção de ferramentas tecnológicas no âmbito do Poder Judiciário. Ao analisar especificamente o Tribunal de Justiça da Bahia como exemplo de produtividade, além de investigar a relação entre eficiência e produtividade no contexto do Poder Judiciário brasileiro, observou-se resultados que apontam para a necessidade premente de uma infraestrutura tecnológica adequada.

A constatação central da pesquisa é que, para alcançar um desenvolvimento processual cada vez mais célere, é imperativo investir na elaboração de uma infraestrutura tecnológica sólida. Essa construção deve ser acompanhada pela capacitação contínua dos profissionais do Judiciário, garantindo que estes estejam aptos a utilizar as novas ferramentas de maneira eficaz. Além disso, a adaptação das normas para contemplar essa nova realidade virtual se apresenta como uma etapa incontornável para o pleno êxito desse processo de modernização.

Ao examinar os impactos resultantes da introdução desses mecanismos tecnológicos, evidenciou-se que a produtividade desponta como um benefício

preponderante. Esse aumento na eficiência do Poder Judiciário traduz-se em respostas mais rápidas, conferindo celeridade às relações processuais. Ademais, observou-se melhorias significativas na acessibilidade aos sistemas utilizados pelo Tribunal, vez que com a pandemia e a necessidade da continuidade dos trabalhos foi preciso adaptar e aprimorar esses recursos tecnológicos.

Com o cenário atípico produzido pela pandemia e o acúmulo processual, a utilização da Inteligência Artificial foi imprescindível para análise de dados e desestagnação da máquina judiciária, produzindo maior celeridade às atividades judiciais, menores despesas de recursos e ganho de tempo aos profissionais do Direito (Sousa, 2019, p. 16).

Com a transformação digital, as Cortes brasileiras puderam aumentar sua produtividade, além de compensar a insuficiência de equipe, vez que era necessário lidar com a enorme quantidade de ações, haja vista que em decorrência da exorbitante morosidade processual, tramitavam no judiciário aproximadamente 80 milhões de processos no início da pandemia de Coronavírus. Nessa senda, é irrefutável que as adaptações tecnológicas oriundas da pandemia impulsionaram resultados produtivos e céleres dos tribunais brasileiros. É inegável, também, o aperfeiçoamento das plataformas virtuais utilizadas pelo judiciário, como forma de adequação a essa nova conjuntura.

Destacam-se, por exemplo, o PJE, que nos dias atuais melhorou consideravelmente sua acessibilidade, além de possibilitar novos recursos, como o anexo em PDF. Outrossim, comprovou-se que o TJBA, apesar no momento incomum vivido nos anos de 2020 e 2021, obteve excelentes resultados em termos de rendimento e eficiência. Além disso, a despeito dos mecanismos tecnológicos terem sido inseridos de maneira mais incisiva durante o período pandêmico, é incontestável que ultrapassou essa conjuntura e nos dias atuais melhoram significativamente a desenvoltura do Judiciário, propiciando o ano de 2022 com bastante produtividade.

É crucial ressaltar que a implementação das ferramentas de tecnologia, inicialmente implementada como medida emergencial durante o cenário pandêmico para garantir o funcionamento contínuo da máquina judiciária, evoluiu para se tornar essencial na

contemporaneidade. Nesse contexto, a virtualização do Judiciário não é apenas uma resposta à urgência, mas uma transformação necessária para garantir os princípios constitucionais no contexto da prestação jurisdicional.

Em síntese, uma análise sobre o conceito de virtualização do Judiciário, especialmente após a pandemia, revela-se como uma reflexão crucial para o aprimoramento constante do sistema jurídico. O equilíbrio entre a eficiência, a produtividade e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos deve ser buscado de maneira diligente, sustentando a evolução do Poder Judiciário em sintonia com os desafios e demandas contemporâneas.

7 REFERÊNCIAS

ANJOS, Pedro Germano dos. BARBOSA, Maria Júlia Santos. VIEIRA, Hayana Rocha. Pandemia de coronavírus (COVID-19) e o uso de tecnologias eficientes pelo Tribunal de Justiça da Bahia: o acesso à jurisdição como direito fundamental. In: ABREU, Célia Barbosa. LEITE, Fábio Carvalho. RANGEL, Tauã Lima Verdan (coords). **Anais do VII Seminário Internacional de Direitos Humanos Fundamentais**. v. I Direitos de Primeira Dimensão. Niterói: UFF, 2021, p. 585-602.

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. Eficiência e Direito. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. [Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

AZEVEDO, João Fabio. **Os reflexos de inteligência artificial nos contratos**. 2014. 53f. Dissertação. (Mestrado em Direito Civil) Universidade de São Paulo, São Paulo.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. **Introdução ao processo civil moderno**. São Paulo: Lex, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988 (reimpresso em 2002).

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. **Revista de Doutrina – TRT 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014.

ESTEVES, Mariana Aguiar. **Tecnologia aplicada ao direito: os desafios na gestão de dados dos processos eletrônicos e os impactos no desenvolvimento da jurimetria**. 2021. 140f. Dissertação (Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direito). Universidade Nove de Julho, São Paulo.

FEITOZA, Cynara Guimarães Pimentel. **O direito de acesso à jurisdição e as garantias processuais asseguradas pela Constituição Federal de 1988**. 2007. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2 ed. ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito Fundamental à razoável duração do processo. **Estação Científica**, Juiz de Fora, v. 01, n. 04, p. 82-97, out/nov. 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Antonio Donizete Ferreira da. **Processo Judicial Eletrônico e a informática jurídica: um olhar para o uso da inteligência artificial como ferramenta de eficiência na prestação jurisdicional**. 2018. 133f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Nove de Julho, São Paulo.

SOUSA, Rogério Nogueira. **Minerjus: solução de apoio à classificação processual com uso de inteligência artificial**. 2019. 59f. Dissertação (Pós-Graduação em Modelagem Computacional de Sistemas.) Universidade Federal de Tocantins, Tocantins.

VIEIRA, Hayana Rocha; BARBOSA, Maria Júlia Santos; ANJOS, Pedro Germano. Pandemia de Coronavírus (Covid-19) e uso de tecnologias eficientes pelo Tribunal de Justiça da Bahia. **Revista Dikè – Universidade Estadual de Santa Cruz**. n. 18. P. 369-384, 2021. Disponível em <http://periodicos.uesc.br/index.php/dike>. Acesso em 08 nov. 2023.

VIVAS, Wilma Alves. **O direito de acesso à justiça e a utilização das ferramentas virtuais como via de resolução de conflitos em sede de direito das famílias em tempos de pandemia pelo Covid 19 - uma análise no estado da Bahia**. 2021 [no prelo].

SITES E MEIOS ELETRÔNICOS

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 25 ago. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 31 out. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006.** Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11280.htm. Acesso em: 08 set. 2023.

BRASIL. **Lei Nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 13 ago. 2023

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Com mais de 366 mil videoconferências, Justiça eleva produtividade na pandemia.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/com-mais-de-366-mil-videoconferencias-justica-eleva-produtividade-na-pandemia/>. Acesso em 20 jul. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Departamento de Pesquisas Judiciárias. Pesquisa revela evolução na governança da tecnologia do Judiciário.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-evolucao-na-governanca-da-tecnologia-do-judiciario/>. Acesso em: 23 jun. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/03/proname-manual-digitalizacao-15-03-2023.pdf>. Acesso em 24 set. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **IPC-Jus: sete tribunais obtiveram 100% de eficiência no 1º grau**. <https://www.cnj.jus.br/ipc-jus-sete-tribunais-obtiveram-100-de-eficiencia-no-1o-grau/>. Acesso em 30 out. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça 4.0**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao-e-comunicacao/justica-4-0/>. Acesso em: 08 ago. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2023**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 02 out. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Pandemia leva Judiciário a acelerar adaptação tecnológica**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pandemia-leva-judiciario-a-acelerar-adaptacao-tecnologica/>. Acesso em 02 mai. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Processos pendentes na justiça apresentam queda inédita**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-pendentes-na-justica-apresentam-queda-inedita/>. Acesso em 22 de jun. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 385 de 06/04/2021**. Dispõe sobre a criação dos “Núcleos de Justiça 4.0” e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3843>. Acesso em: 26 set. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 420 de 29/09/2021**. Dispõe sobre a adoção do processo eletrônico e o planejamento nacional da conversão e digitalização do acervo processual físico remanescente dos órgãos do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4133>. Acesso em: 26 ago. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 469 de 31/08/2022**. Estabelece diretrizes e normas sobre a digitalização de documentos judiciais e administrativos e de gestão de documentos digitalizados do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4719>. Acesso em: 08 ago. 2023.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Tribunal baiano alcança 100% de produtividade no Justiça em Números**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/tribunal-baiano-alcanca-100-de-productividade-no-justica-em-numeros/>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CONJUR. **STF fecha o ano com avanço na digitalização.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-dez-17/stj-fecha-ano-digitalizacao-processos-inclusao-social>. Acesso em: 24 set. 2023.

CONJUR. **TS-SP aumenta limite de tamanho de arquivo.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-14/tj-sp-aumenta-limite-tamanho-arquivo-peticionamento-eletronico/>. Acesso em: 10 set. 2023.

JOTA. **O impulso da pandemia à evolução digital da Justiça.** Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-pandemia-como-catalisadora-da-evolucao-digital-da-justica-brasileira-16062020>. Acesso em: 25 ago. 2023.

POLITIZE. **3 motivos que fazem o judiciário brasileiro ser lento.** Acesso em: 12 abr. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Ato Conjunto nº 02, de 17 de fevereiro de 2020.** Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/04/Decreto-326_-videoconferencia-Juizados-Especiais_PJE.pdf. Acesso em: 19 ago. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Ato Conjunto nº 06, de 16 de março de 2021.** Disponível em: https://www.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2021/03/Ato-Conjunto-6_-balcao-virtual.pdf. Acesso em: 15 set. 2023,

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Central de Agendamento: novo serviço facilita a marcação de atendimento por videoconferência.** Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/central-de-agendamento-novo-servico-facilita-a-marcacao-de-atendimento-por-videoconferencia/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Decreto Judiciário nº 166, de 22 de fevereiro de 2022.** Disponível em: <https://www7.tjba.jus.br/secao/arquivo/9/27929/DECRETO%20JUDICIARIO%20N%20166,%20DE%2022%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202022.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Decreto Judiciário nº 226, de 20 de março de 2020.** Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/03/Decreto-226_-coronavirus_-unidades-judiciarias.pdf. Acesso em: 18 abr. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Decreto Judiciário nº 276, de 30 de abril de 2020.** Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/04/decreto-279-prorroga-prazo-teletrabalho-unidades-adm.pdf>. Acesso em 21 out. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Decreto Judiciário nº 326**, de 15 de Junho de 2020. Disponível em: http://www5.tjba.jus.br/portal/wp-content/uploads/2020/04/Decreto-326-_videoconferencia-Juizados-Especiais_PJE.pdf. Acesso em: 21 abr. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Decreto Judiciário nº 529**, de 22 de julho de 2022. Disponível em: <https://www7.tjba.jus.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=29092&tmp.secao=9>. Acesso: 05 nov. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Desembargador Presidente comenta resultados surpreendentes do teletrabalho no PJBA**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/portal/desembargador-presidente-comenta-resultados-surpreendentes-do-teletrabalho-no-pjba/>. Acesso em: 20 mai. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. Portal da Estratégia. **Desempenho no Teletrabalho**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/estrategia/index.php/desempenho-no-teletrabalho/>. Acesso em: 02 abr. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Processo Eletrônico na Bahia**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/pjeinformacoes/index.php/sobre-pje/processo-eletronico-nabahia>. Acesso em 26 mai. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Radar do TJBA – 2022**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/estrategia/index.php/radar-do-tjba-2022/>. Acesso em: 16 out. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Trinta unidades judiciais ultrapassam histórico de produtividade e conquistam categoria Diamante no Selo Justiça em Números 2022 – TJBA**. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/trinta-unidades-judiciais-ultrapassam-historico-de-produtividade-e-conquistam-categoria-diamante-no-selo-justica-em-numeros-2022-tjba/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

TJBA. Tribunal de Justiça da Bahia. **Unijud disponibiliza canal de atendimento via Balcão Virtual**. Disponível em: <https://www.tjba.jus.br/portal/unijud-disponibiliza-canal-de-atendimento-via-balcao-virtual/>. Acesso em: 29 ago. 2023.

TRE. Tribunal Regional Eleitoral. **O controle da morosidade do judiciário: eficiência só não basta**. Disponível em: <https://www.tre-pr.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/artigos/o-controle-da-morosidade-do-judiciario-eficiencia-so-nao-basta>. Acesso em 15 de jun. 2023.

TRT 5. Tribunal Regional do Trabalho da 5 Região. **PJe 10 anos: ferramenta se tornou fundamental durante a pandemia e continua a evoluir.** Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/noticias/pje-10-anos-ferramenta-se-tornou-fundamental-durante-pandemia-continua-evoluir>. Acesso em: 15 set. 2023.

A (IN)EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOB A ÓTICA DO POSICIONAMENTO FEMININO NO MERCADO FORMAL DE TRABALHO

Andressa Cássia de Sousa Duarte ¹

Fernanda Mendes da Cruz ²

Pedro Arruda Junior ³

INTRODUÇÃO

A luta pela igualdade entre homens e mulheres tem sido um dilema vivenciado pelas sociedades modernas. Com a incidência de obstáculos, as conquistas das mulheres estão cada vez mais ínfimas. Embora haja avanços notáveis, as mulheres continuam enfrentando barreiras significativas, resultando em conquistas que, por vezes, parecem pequenas frente aos obstáculos.

Diante da Constituição Federal, exposto no artigo 5º, estabelece que, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Este dispositivo é um pilar fundamental na promoção da igualdade de gênero, pois reforça a necessidade de um tratamento igualitário entre homens e mulheres. Assim, apresentando um significativo marco para a promoção da igualdade de gênero.

¹ Bacharelada em Direito pelo UNIPTAN – Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves. E-mail: duartesousa7andressa@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3415775018067732>

² Bacharelada em Direito pelo UNIPTAN – Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves E-mail: fernandamendes1110@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3669435339489321>

³ Doutor em Direitos, Instituições e Negócios pela Universidade Federal Fluminense. Professor do UNIPTAN – Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves. E-mail: pedroarrudajunior@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3129946444729235>

O Princípio da Igualdade revela uma busca por menos discriminações e mais garantias acerca dos homens e das mulheres, e principalmente, concedendo para que as mulheres alcancem suas metas sem que o gênero seja um fator limitante. Logo, com um tratamento equitativo, as mulheres poderão alcançar seus objetivos sem enfrentar obstáculos baseados em preconceitos de gênero.

Porém, com o estigma arcaico, o qual persiste o estereótipo de gênero, impede que as mulheres vivenciem uma verdadeira igualdade. Além de vivenciarem as desigualdades no ambiente de trabalho e na sociedade, as mulheres enfrentam uma jornada tripla de trabalho. Torna-se notório que o sexo feminino encara uma discrepância considerável a tal realidade.

Esse acúmulo de funções ao tentar conciliar a trajetória laboral, a responsabilidade parental e os afazeres domésticos, gera um esgotamento mental e físico às mulheres, resultando em desequilíbrios que afetam tanto a vida pessoal quanto a profissional. Apesar de haver um respaldo legal garantido pela Constituição, essa multiplicidade de tarefas no cenário do sexo feminino, resulta-se em uma vida insustentável, sendo movida pelo desequilíbrio.

1. TRAJETÓRIA EVOLUTIVA DA PARTICIPAÇÃO FEMININA NA SOCIEDADE

No início dos tempos, o homem era considerado o sustentador da família, tendo a obrigação de assegurar a subsistência do lar. Então, acerca da segurança, alimentação e outras necessidades básicas, era esperado que o homem tomasse como responsabilidade. Enquanto o homem envolvia-se com atividades como caça, pesca e, posteriormente, agricultura, para que assim, garantisse o necessário para sustentar os seus; As mulheres assumiram o papel de cuidadora, tornando-se responsáveis pela criação dos filhos e pela manutenção do lar.

Tal divisão de tarefas refletia exclusivamente nas capacidades atribuídas a cada sexo, visto que, para alcançar os objetivos de sustento era necessário agilidade e desenvoltura

para ir contra os perigos e cumprir os compromissos perante a família. Os homens, constantemente eram incumbidos por atividades que exigiam força física e resistência, como a caça e a proteção do grupo. Por outro lado, as mulheres naturalmente habilidosas, eram relacionadas ao cuidado e à manutenção do lar. Esse estereótipo de gênero perdurou por anos.

Ao longo da história, existiam de fato ocupações que eram vistas como essencialmente femininas. Mas, diante disso, além do grande aumento quantitativo, houveram mudanças consideráveis em relação às ocupações, ao estarem cada vez mais inseridas em postos que antes eram vistos como somente masculinos. Esse cenário é alterado no começo do século XX, especialmente durante a Primeira e Segunda Guerras Mundiais. Com essa grande reviravolta, ocorre a contribuição para o desenvolvimento perante as mulheres.

Com a necessidade dos combates nos fronts de guerra, o homem era a principal arma de defesa para a nação, logo, com a falta dos mesmos, as mulheres assumiram os negócios da família e a posição dos homens no mercado de trabalho. Portanto, durante as Grandes Guerras e com as rápidas mudanças, construiu-se um novo padrão de comportamento, em que a mulher passou a desempenhar um significativo papel na sociedade. A mulher, no decorrer desse período, se encontrava mais ativa e visível para preencher as lacunas deixadas pelos homens.

Perante a inversão de papéis, as mulheres assumiram funções e obrigações que antes pertenciam ao mundo masculino. Porém, com o final das Guerras e com a volta da “normalidade”, as mulheres são convidadas a regressar ao lar e às tarefas femininas. Diversas matérias de jornalistas afirmaram a necessidade do regresso feminino, visto que, possuía o intuito de reconstrução nacional. Tal feito foi rápido e feroz, uma vez que, as operárias femininas foram despedidas, e, outro incentivo à mulher para a desmobilização eram as propagandas, que encorajam ao retorno ao lar e aos filhos.

Assim, inicia-se mais uma vez as dificuldades da mulher para o ingresso ao mundo profissional. Iniciando paralelamente com as Constituições Brasileiras, observa-se que na

Primeira Constituição, em 1824, tornava-se somente o homem cidadão. A mulher não podia votar, nem ser eleita, e também não podia se tornar funcionária pública.

No passar dos anos, com a CRFB/34, consagrou pela primeira vez, o Princípio da Igualdade. Nesse momento, é proibido a diferença de salários entre sexos, também interdita o trabalho de mulheres em indústrias insalubres, e por fim garante assistência médica e sanitária às gestantes e descanso antes e depois do parto, através da Previdência Social. Percebe-se que as mulheres estão cada vez mais presentes na sociedade brasileira, e tal feito se torna maior na Constituição outorgada de 1937, Getúlio Vargas consagra o direito ao voto às mulheres.

No Brasil, o surgimento da mulher no mercado de trabalho se deu para suprir a necessidade de mão-de-obra, sendo em maior parte na indústria têxtil. Tal feito ocorreu durante a década de 1940, em razão do aumento das siderúrgicas, petrolíferas, químicas e automobilísticas, as mulheres começaram a assumir diferentes cargos, porém, sem respaldos jurídicos e de maneira exploratória. Durante as décadas de 60 e 70, os movimentos políticos e sociais incentivaram a mudança de padrões culturais, impulsionando as mulheres a serem mais ativas no mercado de trabalho. Dessa forma, ao ser inserida no mercado de trabalho buscava seu espaço em uma história permeada de discriminação e desigualdade.

Ao adentrar na história da mulher, fala-se sobre a onda do movimento feminista, que ocorreu a partir dos anos 1960, e foi responsável por expandir os limites femininos. Buscando superar as barreiras construídas por uma hierarquia estabelecida que resultou na desigualdade de gênero. O movimento reconhece às mulheres como oprimidas, e entendem que as mudanças são necessárias. Além das mudanças de padrões culturais, outros motivos também contribuíram para o aumento da participação da mulher no mercado de trabalho. Como por exemplo: o grande crescimento da taxa de escolaridade do sexo feminino, com o desejo de adquirir conhecimento, e também o declínio do índice de fecundidade, resultante da maior acessibilidade e diversificação de métodos contraceptivos.

Na República Federativa do Brasil, a formação feminina no Ensino Superior só foi permitida no final do século XIX, porém foi com a abertura dos cursos de Pedagogia, na década de 30 do século XX, que mais mulheres passaram a frequentar as instituições de ensino. No Brasil, o acesso das mulheres ao Ensino Superior ocorreu de maneira gradativa, além disso, houveram fatores econômicos na década de 80 que foram importantes para impulsionar a participação feminina no mercado.

Assim, gradualmente, na década 80, as mulheres passaram a representar aproximadamente 50% dos discentes matriculados em diversos cursos das instituições. Portanto, com o aumento do nível de escolaridade da mulher brasileira eleva-se a participação das mesmas no mercado de trabalho. Após isso, as mulheres passaram a estar cada vez mais presentes nas universidades, e ao romperem com o padrão de vida de “mãe e esposa” como a única alternativa, é de fato que muitas passaram a ter como prioridade o estudo e a vida profissional, o que ao longo dos anos tem se tornando cada vez mais presente. (Bruschini; Lombardi, 1999, p.3)

Com tudo, é notável que as mulheres vêm se tornando uma força de trabalho crescente no Brasil, de maneira que graças os movimentos políticos e sociais da década de 60 e 70 proporcionaram uma maior escolarização das mulheres. Em 1988, ocorre o marco histórico feminino, onde a Constituição Cidadã promove inúmeras garantias às mulheres, como direitos: trabalhistas, sociais, humanos, políticos, dentre outros. Com esse marco e com a consolidação do sistema capitalista e o desenvolvimento da tecnologia, as mulheres passam a ocupar um espaço ainda maior.

Logo, com a influência dos anos 70 e os direitos garantidos perante a CF/88, as mulheres têm entrado de forma consistente no mercado de trabalho. Esse efeito reflete diretamente na economia do país, estimulando o crescimento e reduzindo a pobreza. Porém, apesar dos grandes avanços, em diversos estudos, de vários autores, fica evidente que tal crescimento não significa a diminuição da discriminação. Para alguns desses autores, quando se fala em gênero, a participação feminina está em descompasso com a diminuição das desigualdades no meio profissional.

Particularmente, a CF/88 foi um marco importante para a igualdade de gênero no Brasil. Com o artigo 5º da Constituição, percebe-se o princípio da Igualdade, que visa o equilíbrio de direitos e deveres entre os homens e as mulheres, inibindo qualquer discriminação em razão de sexo. É necessário refletir que, apesar de uma história traçada de crescimento da participação feminina no mercado de maneira notável, ainda sim conclui-se que as mulheres ainda recebem remuneração inferior em relação aos homens, mesmo em cargos similares.

O mercado de trabalho brasileiro se mantém com fortes desigualdades, de modo que, quando se diz sobre mulheres, falamos sobre as que durante muito tempo foram deixadas na sombra histórica. Na narrativa da mulher, requer levar em conta suas variáveis posições na história, de maneira que elas são indispensáveis em todos os contextos.

Portanto, faz-se o questionamento que apesar do processo histórico da busca dos direitos femininos ser longa e árdua, ainda existem fatores que levam a não concretização da isonomia, resultando em consequências para a mulher trabalhadora.

2. DESAFIOS ASSOCIADOS À CHAMADA “TRIPLA JORNADA”

O Código Civil de 1916, em seu artigo 233, afirmava: “O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos”. Então, além da figura masculina exercer o papel de detentor do poder da família, a mulher só poderia realizar suas vontades se o marido autorizasse, percebe-se como a discriminação e a objetivação estavam palpáveis.

Ao decorrer dos tempos, nota-se como a mulher se tornou presente no mercado de trabalho. Tal introdução advém de uma série de fatores, já citados, porém, mesmo com todas as lutas e desafios pelos seus direitos, é pertinente ressaltar como a desigualdade ainda é vivida. Sabe-se que as mulheres eram consideradas indivíduos frágeis, vulneráveis e delicados, e que necessitavam da proteção e do amparo masculino. Assim, para elas, foram destinadas tarefas particulares: serviço doméstico e criação dos filhos.

A psicóloga Maria Lúcia Rocha Coutinho em sua obra “Tecendo por trás dos panos”, explica que, a responsabilidade pela casa, pela família e a chegada da maternidade intensificam o confinamento da mulher no ambiente doméstico, mitigado pelo poder atribuído a ela sobre esse mundo. Isso se deve, especialmente, à posição econômica da mulher, que era dependente jurídica, moral, econômica e religiosamente do marido.

Com o passar do tempo, e com a mudança do cenário mundial, o acesso à educação passou a ser sinônimo de transformação na vida social. As jovens passaram a se interessarem pelo conhecimento, assim, adentrando para as escolas ou para os conventos, onde aprendiam música e latim. Na década de 1970 e 1980, com o advento do capitalismo, houve uma ampliação significativa na participação feminina no mercado de trabalho. Paralelamente, o capitalismo era bem parecido com a sociedade patriarcal, onde o homem deveria garantir o sustento do lar. Mas, a partir desse momento, as mulheres acentuaram a luta por seus direitos.

Com a ascensão das mulheres e possuindo seus direitos de igualdade, os anos 90 foram completamente diferentes. O ingresso do sexo feminino no mercado de trabalho alterou significativamente tal espaço, porém, não modificou suas responsabilidades integrais com o lar.

A filósofa estadunidense, Nancy Fraser, frisa em sua obra: O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história, que: “Foi amplamente suposto, também, que o salário deste trabalhador deveria ser o principal, se não o exclusivo, sustento econômico de sua família, enquanto quaisquer salários ganhos pela sua esposa deveriam ser meramente suplementares”. Consequentemente, às mulheres cabiam exclusivamente as responsabilidades do lar. Dessa forma, as mulheres encontravam-se subordinadas ao matrimônio bem como à vida pessoal.

Apesar da ampliação da participação da mulher no mundo produtivo, é visível que tal divisão é desproporcional, pois tal feito não amenizava os compromissos perante as tarefas domésticas, que ainda são consideradas pertencentes à elas. Vale mencionar, que mesmo as mulheres ocupando as mesmas funções que os homens, elas são remuneradas

de maneira inferior, evidenciando, mais uma vez, como o sistema não se encontra no devido equilíbrio tipificado.

Diante dos fatos apresentados, é nítido o acúmulo de atividades que essas mulheres exercem todos os dias, que por muitas vezes provocam adoecimentos emocionais e físicos, pois, necessitam conciliar a chamada tripla jornada de trabalho. A tripla jornada de trabalho feminina ocorre quando há uma sobrecarga de tarefas diárias. Caracterizando-se pelos trabalhos domésticos, o cuidado e criação com os filhos e estar inserida no mercado de trabalho, resultando em um esgotamento mental e físico.

Conciliar tantas atividades gera uma pressão imensurável às mulheres, pois, lidar com a maternidade, ser presente no relacionamento, estar ativa no âmbito profissional e ainda cuidar no ambiente familiar, faz-se necessário discutir sobre a valorização desses papéis. Também ocorre a carência de salientar como é o modelo imposto pela sociedade, onde a mulher deve ser perfeita em suas especificidades. Tal padrão, exige que a mulher seja uma esposa e mãe exemplar, com dedicação exclusiva à família, assim como, ser um destaque positivo perante o mercado de trabalho.

A mulher ao ser colaboradora economicamente no lar, promove uma difusão nos papéis “tradicionais”, desse modo, a mesma atua arduamente para ter integralmente a satisfação do que tanto almeja. O novo ideal feminino, em que influencia a redistribuição das tarefas, modifica também as funções maternas e paternas. O fruto do novo ideal é observado quando ao buscar a independência financeira juntamente com a valorização profissional, cria-se um espaço de sobrecarga à elas.

Observa-se a matéria veiculada pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que, em 2022, as mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou aos cuidados de pessoas. Dado isso, evidencia que a mulher deixou de ser apenas uma integrante da família e se tornou a comandante dela.

Em sintonia a essa informação, o artigo de Carolina Mota-Santos, de Alcinéia de Azevêdo e de Érica Lima-Souza, “A mulher em tripla jornada: discussão sobre a divisão das tarefas em relação ao companheiro”, apresenta o seguinte argumento: “Há uma tendência

à responsabilização das mulheres pelo bom andamento do lar e aos homens, cabe uma “ajuda” nos cuidados com os filhos”. Assim, novamente, aflui a pouca participação dos companheiros, reforçando a visão arcaica do mundo. Nesse mesmo artigo, é mencionado: “De símbolo do pecado a ser angelical, o ideal feminino se altera conforme as conjunturas vigentes” (Badinter, 2011; Resende, 2017). Por isso, mesmo com tantos condicionamentos impostos pela sociedade, as mudanças provocadas pelo papel feminino, foi válido e progressista.

O trabalho realizado por Cristina Bruschini e Maria Rosa Lombardi, evidencia o acesso das mulheres ao mercado de trabalho na década de 90 e como ocorreu a manutenção desse ingresso. Na obra, ressalta-se a frase: “Reforça ainda uma vez a discriminação salarial sofrida pelas mulheres no mercado de trabalho, apesar de o nível de escolaridade feminina ser mais elevado que o masculino”.

Ora, entende-se que a disparidade está diretamente ligada ao fato da divisão sexual do trabalho, que coloca a mulher em desfavor ao homem, refletindo uma sociedade patriarcal. Vale mencionar, que ainda nos dias atuais ocorre uma incidência absurda em razão aos preconceitos sofridos e pelos assédios no âmbito laboral, em virtude de ser mulher. Ao falarmos no atual cenário do mercado de trabalho brasileiro em relação às mulheres, é notável que mesmo diante do progresso legislativo a fim de respaldar os direitos da mulher no que tange à cargos e tratamentos ideais, é fato que ainda há mulheres perdendo emprego devido à maternidade.

É de fundamental importância, destacar as consequências da exaustiva jornada tripla enfrentada por essas mulheres todos os dias. Além dos inúmeros prejuízos ao seu bem-estar, é importante ressaltar os danos ao seu rendimento profissional. A sobrecarga limita não apenas o tempo de dedicação, mas, principalmente, afeta sua capacidade mental e emocional de exercer com excelência sua profissão. Atualmente, a figura feminina ainda é vista como responsável pelos afazeres domésticos e familiares, além de ter que contribuir ativamente no mercado de trabalho. E, ao buscarmos entender sobre como as mulheres

lutaram grandemente em busca de espaço e respeito na área empregatícia, nota-se a constante desvalorização da figura da mulher.

Outro ponto que deve ser destacado é como a classe social também influencia na maneira em que as mulheres exercem a árdua trajetória de conciliar os filhos, os afazeres domésticos e o trabalho. Assim, quanto as mulheres de classes mais altas, essas conseguem contar com a terceirização dos afazeres domésticos e dos cuidados com os filhos (Carvalho et al., 2010), o que consequentemente contribui para uma carreira próspera, bem como para que tenha lazer e tempo para cuidados pessoais.

Em contrapartida, as mulheres de classe baixa encontram como possibilidade de trabalho o emprego doméstico, servindo de apoio para que as de classe alta possam se dedicar à própria carreira. Diante dos fatos, é necessário refletir sobre como essa bipolaridade contribui para perpetuar a falta de participação dos homens nas tarefas domésticas.

Para tal reflexão, e visando assimilar o porquê há tamanha discriminação na atualidade, é preciso compreender a diferença entre sexo e gênero. A antropologia apresenta como argumentos para essa distinção, que, sexo é entendido como biológico, e até mesmo como “fisiológico”. E gênero são todas as noções e as diferenças culturais e sociais construídas em todos os domínios da vida sobre homens e mulheres. Resumidamente, em relação ao sexo, é um “rótulo” que se ganha logo após o nascimento, seguindo os fatores fisiológicos, como a genitália, os hormônios e os cromossomos. Portanto, se recebe o gênero masculino ou feminino, isto é, o que é explícito na certidão de nascimento.

Em alguns países, é permitido que nos documentos pessoais do recém-nascido, o campo referente ao sexo permaneça incompleto, ou seja, em branco. Desse modo, criando uma categoria indefinida nos registros civis. Países como: Alemanha, Holanda, Índia, Bangladesh, dentre outros, estão permitindo que haja um sexo distinto ou não identificado. Contudo, no que concerne ao gênero gera uma complexidade maior. O gênero inclui papéis atribuídos que a sociedade têm acerca dos comportamentos, pensamentos e características,

em outras palavras, está diretamente relacionado ao papel da mulher e do homem na sociedade.

A antropóloga social britânica, Henrietta Moore, em sua obra “Compreendendo sexo e gênero”, evidencia: “Sherry Ortner (1974) propôs que a desvalorização universal das mulheres está relacionada com sua associação simbólica ao domínio da natureza, considerado subordinado ao domínio da cultura, associado aos homens (Ortner, 1974)”. Notando-se que, com a presença da subordinação das mulheres perante os homens gera um menosprezo em vários aspectos, como apresentado anteriormente.

Por fim, essa divisão sexual do trabalho, que impõe que a mulher esteja dominada pelo homem, reduz as oportunidades femininas e exacerba a superioridade masculina. O reflexo de tal feito está em um desgaste psicológico e físico que à acompanhará por toda a vida, esse cenário de sobrecarga deve ser exterminado, visando, também, o declínio dos estereótipos de gênero.

3. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E AS DIFICULDADES ACERCA DA INSERÇÃO FEMININA

Conforme abordado na presente pesquisa, as mulheres travaram uma luta incomensurável para garantir e assegurar seus direitos e seu lugar perante a sociedade. Essa batalha foi marcada por grandes e demasiados desafios, mas, que permitiram avanços significativos em termos de igualdade de gênero. Ao longo do tempo, as mulheres conquistaram direitos fundamentais, rompendo com padrões sociais que as restringiam a papéis secundários, tanto no ambiente familiar quanto no mercado de trabalho.

Na Constituição de 1988, no artigo 5º, torna-se tipificado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”. Perante a legislação brasileira, homens e mulheres são iguais em direitos e deveres. Porém, na realidade, essa isonomia ainda não é plenamente vivenciada.

Na obra, “A mulher, o mercado de trabalho e o princípio da igualdade” da autora Ana Maria Dinardi Barbosa Barros, destaca que: “O princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de possibilidades dos cidadãos de ter tratamento igual, isonômico pela lei”. À vista disso, o princípio da igualdade prevê a dignidade humana, afastando qualquer diferenciação irracional, isto é, aquelas não justificadas e aceitas pela CF/88.

Entende-se como inquestionável a magnitude e relevância do Princípio da Igualdade. Tal princípio reconhece a igualdade da competência de homens e mulheres de maneira igualitária, assegurados pela lei, assim, propondo a ambos um tratamento proporcional. Fato é, que existem diferenças que são reconhecidas e consideradas pelo legislador, como físicas, hormonais, emocionais e psicológicas. Todavia, é inaceitável utilizar dessas características para se colocar como superior ou inferior a outros indivíduos.

Em acordo com o inciso I do mesmo artigo, “Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, tal tipificação busca garantir a não perpetuação das desigualdades negativas, aquelas injustificadas e não aceitas pelos legisladores. Com veracidade, entende-se que as desigualdades positivas são adeptas e imprescritíveis ao proteger a natureza de cada indivíduo brasileiro. De acordo com o Supremo Tribunal Federal do Brasil, o Princípio da Isonomia, em resumo, tem como objetivo, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Faz-se entendido que, ao buscar a tão aclamada igualdade, fica postulado ao Estado Democrático de Direito o dever de defender os direitos das mulheres.

O professor Humberto Ávila em seu livro: “Teoria dos Princípios”, afirma: “Dessa forma, os princípios podem ser definidos como juízos fundamentais e servem como alicerce ou como garantia de certeza a um conjunto de juízos. Sendo assim, são fundamentadores de um sistema de conhecimento, tendo como sua característica principal suas generalidades e abrangência”. O princípio deve garantir o tratamento justo e sem discriminação, de forma idêntica, evitando privilégios ou preconceitos.

Porém, acerca da inserção feminina e o com estima que o trabalho da mulher seja suplementar ao do homem, além dos inúmeros preconceitos e obstáculos pelo simples fato

de ser mulher, é exposto que a mão de obra feminina segue desvalorizada em relação ao trabalho masculino. Apesar de haver amparo legal, como exemplo do artigo 5º da Constituição Federal, é preciso a implementação de novas políticas públicas voltadas à evolução da isonomia entre o homem e a mulher. Pois, as ocupações e os rendimentos femininos são superiores aos dos homens, e apesar disso, em 2024, as mulheres recebem 19,4% a menos que os homens, como aponta o 1º Relatório de Transparência Salarial realizados pelos Ministérios do Trabalho e Empregos e pelo Ministério das Mulheres.

Anteriormente, em 2023, foi sancionada a Lei n.º 14.611, que aborda a igualdade salarial e os critérios remuneratórios entre mulheres e homens no ambiente de trabalho, alterando o Art. 461 da CLT. Advinda da iniciativa do Ministério do Trabalho e Emprego em conjunto do Ministério das Mulheres, a Lei impõe que empresas com mais de 100 empregos implementem medidas para assegurar a isonomia. A Lei ainda estabelece que os homens e as mulheres devem receber salários iguais quando exercem a mesma função, ou quando o trabalho realizado tem o mesmo valor.

Ao visar a transparência e a possibilidade de verificação por parte dos interessados, faz-se com que a Lei da Igualdade Salarial seja um meio de fiscalização, pretendendo a diminuição das desigualdades salariais. Entende-se ser um esforço coletivo e contínuo a defesa dos direitos das mulheres e da igualdade de gênero. Com a Carta Magna de 1988, as mudanças ocorridas foram fundamentais, a presença dos direitos e garantias fundamentais, e os direitos individuais e sociais, sustentam a dignidade da pessoa humana, principalmente, da mulher.

Hoje, no Brasil, constitui-se um arcabouço legislativo, visando a proteção e promoção do trabalho feminino, evidenciado no Artigo 7º, inciso XXX. O artigo tipifica: “Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”. Apesar da crescente evolução da mulher no mercado de trabalho ainda é recorrente a discriminação perante as mesmas, assim, o artigo citado minimiza os efeitos.

Falando de eficácia da norma, é nítido que há um amparo às mulheres, graças à CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas, a jornada diária de trabalho das mulheres são fixadas em 8 horas, com o limite de 48 horas semanais, as mulheres podem aposentar-se cinco anos antes dos homens, possui uma licença-maternidade de 120 dias, sem prejuízo do emprego e/ou do salário, para as lactantes, têm o direito de intervalos para a alimentação durante a jornada de trabalho, dentre outros.

No entanto, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres ainda enfrentam desafios para acessar o mercado de trabalho de forma igualitária, tais como: salários menores, jornadas de trabalho mais longas e menor presença em cargos de liderança. Então, é perceptível como acontecem abusos contra as mulheres, para alcançarem o sucesso que desejam, elas devem persistir as barreiras e desigualdades que dificultam a valorização e igualdade de oportunidades.

Portanto, apesar de uma série de direitos para as mulheres pela legislação brasileira, é inquestionável, que a aplicabilidade dessas normas ainda se mostra insuficiente para garantir a igualdade de gênero em sua plenitude. Essa lacuna na efetividade legislativa faz o país retroceder em várias questões sociais, especialmente quando se trata de proteger e promover os direitos das mulheres.

Contudo, no cenário atual brasileiro, embora a Constituição Federal estabeleça claramente o Princípio da Igualdade, na prática, a eficácia dessas normas não alcançou os objetivos esperados.

CONCLUSÕES

Tendo em vista os fatos abordados durante esse trabalho, é inegável como a divisão entre homens e mulheres está profundamente enraizada, onde a distribuição de tarefas está ligada à visão das capacidades atribuídas a cada sexo. Desde os primórdios até os dias atuais, é visível como as funções e os papéis sociais eram rigidamente divididos entre os homens e

as mulheres. Essa estrutura limitou, por muitos séculos, as oportunidades e as possibilidades de atuação das mulheres em diversos âmbitos.

Traçando uma linha do tempo, durante grande parte da história, percebe-se como o homem era visto como sustentador e provedor do lar e da segurança de seus filhos e esposa, enquanto, as mulheres eram atribuídas as responsabilidades da manutenção do lar e da criação dos filhos. Essa divisão tradicionalista permaneceu por séculos, pois era considerada natural e inquestionável, o que reforçava o status quo de desigualdade entre os sexos.

No Brasil, embora as mudanças tenham ocorrido de forma gradual, a evolução da mulher foi dada a passos largos, mas seguros. A igualdade jurídica começou a ser implementada oficialmente com a promulgação da Constituição de 1934, mas foi através dos movimentos feministas das décadas de 1960 e 1970 que a luta pela igualdade de gênero realmente atingiu seu ápice, trazendo transformações profundas em diversos aspectos da vida social e política do país.

É elementar compreender a trajetória traçada pela luta feminista para a conquista do espaço da mulher na sociedade e no mercado de trabalho. Com a crescente participação das mulheres que o estereótipo de limitação foi sendo suprimido. À medida que as mulheres passaram a se integrar de forma mais significativa no mundo do trabalho, os estereótipos que limitavam suas capacidades e possibilidades começaram a ser questionados e progressivamente superados.

Com a intensificação do capitalismo, a entrada das mulheres no mercado de trabalho se consolidou, mas não eliminando as responsabilidades perante ao lar. Então, as mulheres, além de enfrentarem o âmbito trabalhista, lidam com a tripla jornada.

A atenção com os filhos, o ambiente de trabalho e o cuidado com a casa, resulta em um desgaste físico e emocional, gerado por um estereótipo socialmente construído. A definição inadequada dos papéis, onde a mulher é subordinada ao homem, alimenta cada vez mais o esgotamento das mesmas. Além disso, a sobrecarga gerada pela tripla jornada de trabalho dificulta a plena realização profissional e pessoal das mulheres.

Mesmo amparadas legalmente, é persistente as desigualdades entre os sexos, como os dados apontaram. O Princípio da Igualdade, tipificado no Artigo 5º da CF/88, contribui para reduzir as desigualdades através da garantia da igualdade, porém, mesmo com fundamentos jurídicos, as mulheres passam por obstáculos e desafios repetidamente.

Apesar das medidas enfraquecerem tais correntes, como exemplo do Art. 5º da Constituição Federal, que apresenta soluções que visam garantir um tratamento justo e igualitário, esses movimentos de submissão feminina vão além. Mesmo que a legislação ofereça suporte para garantir um tratamento justo e igualitário, os desafios enfrentados pelas mulheres vão além do que as medidas legais podem resolver, pois envolvem fatores culturais e sociais profundamente enraizados.

Embora, o sexo feminino ser sempre confrontado através das adversidades e objeções, às mudanças que ocorreram desde o início dos tempos, foram necessárias e consideráveis em relação às ocupações. As mulheres foram se encontrando cada vez mais inseridas em ocupações em que antes eram consideradas incapazes de realizar e de atuar. Tal inserção das mulheres em ocupações profissionais anteriormente restritas ao sexo masculino representa-se um marco importante na luta pela igualdade de gênero.

Em síntese, apesar de o crescimento feminino no mercado de trabalho seja notável e cada vez mais visível, ainda há muitos desafios para alcançar a plena e completa isonomia de direitos entre homens e mulheres, especialmente no que diz respeito às discriminações salariais e ocupacionais. Dessa forma, a luta feminina por direitos iguais continua sendo marcada por avanços importantes, mas também por dificuldades e desafios que ainda precisam ser superados para que a igualdade de gênero seja plenamente alcançada em todas as esferas da sociedade.

REFERÊNCIAS

NERY, Carmen; BRITTO, Vinicius. **Em 2022, mulheres dedicaram 9,6 horas por semana a mais do que os homens aos afazeres domésticos ou ao cuidado de pessoas**. Agência de Notícias, Editoria: Estatísticas Sociais, 2023. Disponível em:

[<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37621-em-2022-mulheres-dedicaram-9-6-horas-por-semana-a-mais-do-que-os-homens-aos-afazeres-domesticos-ou-ao-cuidado-de-pessoas>] Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Mulheres recebem 19,4% a menos que os homens, aponta 1º Relatório de Transparência Salarial.** Disponível em: [<https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Marco/mulheres-recebem-19-4-a-menos-que-os-homens-aponta-1o-relatorio-de-transparencia-salarial>] Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Lei da Igualdade Salarial: projeto amplia fiscalização do cumprimento da norma que completa um ano.** Disponível em: [<https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2024/07/04/lei-da-igualdade-salarial-projeto-amplia-fiscalizacao-do-cumprimento-da-norma-que-completa-um-ano>.] Acesso em: 16 set. 2024.

ALVES, Bruno Franco; GUIMARÃES, Marina Oliveira. A inserção da mulher no mercado de trabalho brasileiro: direitos, desigualdades e perspectiva. **Revista Augustus**, Rio de Janeiro, 2009, 14.28. Acesso em: 10 set. 2024

AMARO, Marília Corrêa; DA SILVA FILHO, Luís Abel; DOS SANTOS, Fládia Valéria Dantas. A mulher no mercado de trabalho formal da construção civil brasileira. **RDE-Revista de Desenvolvimento Econômico**, 2016, 18.33. Acesso em: 10 set. 2024

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Acesso em: 10 set. 2024

BARROS, Ana Maria Dinardi Barbosa. A mulher, o mercado de trabalho e o princípio da igualdade. **Revista Científica do Ubm**, 2021, 52-63. Acesso em: 10 set. 2024

BRASIL. **Lei nº 14.611 de 3 de julho de 2023.** Dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens; e altera a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/l14611.htm]. Acesso em: 10 set. 2024

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jul. 2023. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 10 set. 2024

BRUSCHINI, Cristina; LOMBARDI, Maria Rosa. Instruídas e trabalhadeiras: Trabalho feminino no final do século XX. **Cadernos Pagu**, 2002, 157-196. Acesso em: 10 set. 2024

CALDAS, G. A. A.; FONTES, G. S.; CARNEIRO, M.; DO NASCIMENTO, W. A. H.; PADOVAN, N. C. Panorama contemporâneo do trabalho da mulher: dificuldades e luta da positivação e efetividade dos direitos. **Observatório de la Economía Latinoamericana**, [S. l.], v. 21, n. 11, p. 20749–20765, 2023. Disponível em:
[<https://ojs.observatoriolatinoamericano.com/ojs/index.php/olel/article/view/1755>.]
Acesso em: 13 sep. 2024.

CARVALHO NETO, Antonio Moreira de; TANURE, Betania; ANDRADE, Juliana. Executivas: carreira, maternidade, amores e preconceitos. **RAE eletrônica**, 2010, 9. Acesso em: 10 set. 2024

COSTA, FA da. Mulher, trabalho e família: os impactos do trabalho na subjetividade da mulher e em suas relações familiares. **Pretextos**-Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas, 2018, 3.6: 434-452. Acesso em: 10 set. 2024

DE JESUS, Cassiano Celestino; ALMEIDA, Isis Furtado. O movimento feminista e as redefinições da mulher na sociedade após a Segunda Guerra Mundial. **Boletim historiar**, 2016, 14. Acesso em: 10 set. 2024

FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. **Mediações**-Revista de Ciências Sociais, 2009. Acesso em: 10 set. 2024

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2014. Acesso em: 10 set. 2024

MOORE, Henrietta. Compreendendo sexo e gênero. **Companion Encyclopedia of Anthropology**. London: Routledge, 1997, 1-17. Acesso em: 10 set. 2024

NETO, Artur Nunes, et al. A inserção da mulher no mercado de trabalho. **JICEX**, 2016, 7.7. Acesso em: 10 set. 2024

PEREIRA, Rosangela Saldanha; SANTOS, Danielle Almeida dos; BORGES, Waleska. **A mulher no mercado de trabalho**. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. Universidade Federal do Maranhão. São Luís Maranhão, 2005. Acesso em: 10 set. 2024

PINTO, Ana Clara Silva; DE MACEDO DANTAS, Adriana Gomes Medeiros. Uma análise do papel da mulher no mercado de trabalho e a busca pela igualdade de gênero. **Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN**, 2021, 5: 724-744. Acesso em: 10 set. 2024

PROBST, Elisiana Renata; RAMOS, Paulo. **A evolução da mulher no mercado de trabalho**. Santa Catarina: Instituto Catarinense de Pós-Graduação, 2003, 1.1: 1-8. Acesso em: 10 set. 2024

SALGADO, Daiane Guimarães. Qualidade de vida de mulheres com tripla jornada: mães, estudantes e profissionais. **Pretextos**-Revista da Graduação em Psicologia da PUC Minas, 2019, 4.8: 308-320. Acesso em: 10 set. 2024

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SAMPARO, Ana Julia Fernandes. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade. **Revista Direito em Debate**, 2017, 26.48: 287-325. Acesso em: 10 set. 2024

SAÚDE SUPLEMENTAR: DESAFIOS DA SAÚDE E DO CONSUMIDOR NUM AMBIENTE PROTAGONIZADO PELO DESENVOLVIMENTO FINANCEIRO

Gleison Heringer Vieira Domingues¹

RESUMO

O trabalho que ora vem à lume pretende promover reflexões acerca da sensível relação entre as operadoras de planos de saúde e os consumidores. Tratando-se de dois direitos fundamentais, que não raras vezes atuam em rota de colisão, é preciso buscar um equilíbrio para que ambos sejam fortalecidos. Além disso, justifica o trabalho o alto impacto social e político que o setor de saúde suplementar provoca em todo o país, haja vista que um quarto da população é vinculada a alguma operadora de plano de saúde. Dessa forma, por meio de pesquisa bibliográfica pretende-se demonstrar que o quadro atual é desfavorável ao consumidor, parte hipervulnerável que merece proteção do Estado.

1 INTRODUÇÃO

O serviço de saúde encerra direito fundamental que deve ser observado em todas as esferas do Estado. Em que pese configurar um serviço eminentemente público, o setor privado é chamado a operar de forma suplementar, observada a normatização estabelecida pelo Estado, único titular do serviço. Assim, cumpre preambularmente trazer os conceitos iniciais do tema. Nesse intento, é crucial entender que o Sistema Único de Saúde (SUS), estampado na Constituição Federal de 1988, bem como na Lei 8.080/1.990 (Lei Orgânica da Saúde) e demais instrumentos normativos federais, estaduais e municipais, visa à

¹ Doutorando em direitos, instituições e negócios – PPGDIN/UFF; Mestre em justiça administrativa – PPGJA/UFF; especialista em Direito Público e Privado – EMERJ; especialista em Direito processual – UFF. E-mail: gleisonheringer@id.uff.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5762513420564772>.

universalização do acesso com abordagem holística, integral, hierarquizada e regionalizada com adstrição de clientela em território-processo.

Nesse caminho, a Lei Orgânica da Saúde apresenta uma leitura que engloba no conceito de saúde um conjunto de ações públicas que assegurem uma vida digna e autonomia dos sujeitos beneficiários. Trata-se de uma nova orientação, um novo modelo de atenção à saúde, pautado no cuidado responsável e resolutivo. Tem na atenção primária à saúde não só uma de suas portas de entrada, mas um instrumento de alta resolutividade com tecnologia de baixa densidade e alta complexidade.

Impende citar que a Constituição cidadã conferiu à saúde o *status* de direito de todos e dever do Estado, atribuindo-lhe os princípios da universalidade, equidade e integralidade. A saúde passou, então, a ser responsabilidade do poder público, cuja efetivação se consubstancia por meio de uma prestação positiva. Logo, a materialização desse direito fundamental depende da implementação de políticas públicas e de serviços eficazes pela Administração Pública. Portanto, é bom que fique claro e indubitado que mesmo o serviço prestado por atores privados – segmento suplementar da saúde – enceta serviço público e deve ser pelo Estado regulado. Não há falar em privatização em sentido estrito, mas apenas execução do serviço que precipuamente compete ao Estado.

Por sua vez, o consumidor encontra proteção no ordenamento jurídico desde a Constituição até o estatuto que lhe é próprio. Com a entrada em vigor do CDC, o Código Civil perdeu seu caráter centralizador e o direito passou a observar as especificidades do homem concreto. No caso do consumidor, considera-se sua vulnerabilidade no mercado de consumo, sua fragilidade, não apenas em relação a interesses patrimoniais, mas também existenciais. Ocorre que nas últimas décadas o consumidor tem deixado de ser uma pessoa para se tornar apenas um número sujeito às mais diversas técnicas e procedimentos abusivos de venda. Nesse viés, os contratos são cada vez mais previamente elaborados pelo fornecedor com disposições desproporcionais.

Nesse diapasão, a existência de lei especial para reger a matéria se apresenta como mandatória. Trata-se de sistema voltado à proteção do vulnerável econômico, fático e

técnico. Na definição de consumidor sempre haverá alguma marca fática, circunstancial, inerente ao sujeito, haja vista que todos estão consumidores em algum momento do dia, ou seja, ser consumidor é situacional. Tal conceito se sujeita, portanto, a circunstâncias, fenômenos, atividades, que retratam submissão e desigualdade nas relações. Diante do aparente conflito de interesses, que tem de um lado o direito à saúde e o direito do consumidor, e de outro lado, o objetivo financeiro das operadoras do setor suplementar, é preciso que o Estado intervenha de modo a assegurar os direitos fundamentais e harmonizar o interesse do cidadão com os objetivos do empresariado.

Nesse intento, a pesquisa pretende trazer à baila reflexões acerca desse ambiente, aparentemente pouco agradável ao consumidor, bem como refletir sobre a estratégia da financeirização, muito difundida entre os maiores atores do segmento suplementar, tudo num cenário que caminha no sentido de um direito aplicado sob uma vertente econômica. É preciso que haja um equilíbrio, assegurado pelo Estado, para que não se permita um cenário em que a financeirização e a análise econômica do direito atuem sinergicamente em proteção ao empresariado do ramo e em detrimento do consumidor, mais especificamente em prejuízo da atividade fim do setor, qual seja, a saúde.

2 O DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

A Constituição da República, artigos 6º, 196, 197, 198, 200 e *caput* do 199, bem como os parágrafos 1º, 2º e 4º, reconhece a saúde como direito fundamental dotado de aplicação direta e imediata, que vincula tantos os Poderes Públicos quanto os entes privados. Além da expressa previsão constitucional, há ampla legislação acerca do tema: Lei nº 9.656/98 – Lei dos planos de saúde –, Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90, Código de Processo Civil, além de diversas Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Enunciados das I, II e III Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, por fim, Enunciados de súmulas do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais estaduais.

Nessa toada, cumpre salientar que Constituição prevê a saúde como direito fundamental previsto no Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, bem como no Título VIII, que trata da Ordem Social, que a reconhece como direito de todos e dever do Estado. Materialmente, está expressa no princípio basilar da República que versa sobre a dignidade da pessoa humana e decorrência inafastável do direito à vida. Não obstante, em virtude das restrições no orçamento dos entes federativos, o artigo 199 da CRFB determina ser livre à iniciativa privada a assistência à saúde. Dessa forma, pode-se subdividir o tema saúde pública, que é prestada diretamente pelo Estado, complementar, que se caracteriza pelas parcerias como o SUS, por fim, a suplementar, que se refere a todos os prestadores de serviços privados de assistência à saúde.

No que tange à saúde suplementar, é natural que objetive o lucro mediante o recebimento de contraprestação pelos serviços ofertados. Tais operadores atuam sob normas ditadas pelo Poder Público e se submetem à regulamentação, fiscalização e controle de seus serviços de saúde. Sob o viés das operadoras de planos de saúde, o direito à saúde é uma atividade de mercado em que o objetivo é a obtenção de lucro. Por sua vez, o Estado tem a obrigação de normatizar e fiscalizar o sistema privado de assistência à saúde.

Nesse ponto, cabe salientar que incumbe às operadoras de planos de saúde compatibilizar e submeter sua atividade econômica à necessidade de concretização desse direito, nos termos do art. 197 da CRFB e art. 22, Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8.080/90. Diante disso, cabe ao Estado, por meio da regulação do setor, assegurar aos usuários o adequado acesso aos serviços de assistência médico-hospitalar, em observância ao perfeito equilíbrio entre a cobertura contratada e o valor da contraprestação pecuniária exigida, extirpando qualquer prática abusiva que ofenda o direito fundamental à saúde.

Não é demais consignar que o marco legal de regulação dos contratos surgiu com o CDC, Lei nº 8.078/90. Pode-se perceber dentre os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, o respeito à dignidade, à saúde e à segurança dos consumidores, e dentre o rol de direitos básicos do consumidor a proteção da vida, da saúde e da segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

Não obstante, apesar do avanço proporcionado pelo CDC, por muito tempo foi nítida a ausência de norma reguladora específica sobre o setor de saúde suplementar e sobre a necessidade de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais já consolidados, bem como uma atuação administrativa fiscalizadora mais incisiva.

Nesse quadro, houve uma importante inovação legislativa para o setor no ano de 1998. Com o surgimento da Lei dos Planos de Saúde, Lei nº 9.656/98, aconteceu um avanço significativo para a sociedade. Tal instrumento normativo rege as atividades que envolvam a cobertura de riscos de assistência à saúde, bem como busca impedir que qualquer atividade realizada pelas operadoras de planos de saúde escape da fiscalização da ANS – conforme previsão expressa no artigo 1º.

Nesse cenário de avanço normativo, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar por medida provisória, posteriormente convertida na Lei nº 9.961/00. Trata-se de autarquia sob regime especial, que tem como missão institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Consigne-se que o CDC é lei geral principiológica em matéria de relacionamentos contratuais e de acidentes de consumo que regula todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes.

A lei especial, qual seja, a Lei nº 9.656/98, regula apenas uma modalidade de relação de consumo, isto é, serviço privado de assistência à saúde. O CDC, como visto, é lei geral e principiológica que deverá incidir de forma complementar nos contratos de planos de saúde. Tem, portanto, aplicação subsidiária por expressa previsão legal no art. 35-G. Desse modo, da lei geral extraem-se os comandos principiológicos aplicáveis à proteção do consumidor, ao passo que à legislação específica caberá reger, de forma minudenciada, os planos de saúde.

Observando o diálogo de complementariedade, à Lei de Planos de Saúde pode se somar o Código Civil. É possível perceber, por exemplo, da análise dos artigos 422 e seguintes, normas de caráter geral que devem incidir também nos contratos de planos de saúde. Feitas todas as observações acima, cumpre definir Operadora de plano de saúde, nos termos do art. 1º, II, da Lei de Planos de Saúde como pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de plano de saúde.

Os planos de saúde têm como características a prestação continuada de serviços por meio de contratos de longa duração com prazos indeterminados. Buscam a cobertura dos custos referentes à assistência médica, hospitalar ou laboratorial. Em geral, apresentam mensalidades previamente definidas, mas podem ser previstas coparticipações dos usuários com relação a determinados procedimentos.

Daniel de Macedo² ensina que o ordenamento constitucional não conferiu exclusividade ao Poder Público para prestar assistência à saúde. Esclarece que há um setor privado fundamental para a consecução da política de saúde nacional. O autor esclarece que consta o registro de 719 operadoras de planos privados de assistência à saúde no sítio eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Acrescenta que tal segmento desempenha atividade econômica com claro e legítimo objetivo de alcançar o lucro.

² PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. *Planos de saúde e a tutela judicial de direitos: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Editora Juspodvm, 2023, p. 41.

Não é demais registrar que os serviços privados de assistência à saúde possuem natureza mercantil-contratual estabelecida entre as partes conferindo à relação contratual um caráter seletivo. Diante do exposto, é preciso, até mesmo para justificar o interesse nesse tema de pesquisa, trazer dados sobre a saúde suplementar no território nacional. Atualmente³ o país conta com 51.081.018 beneficiários de planos de assistência médica e 32.668.175 de planos exclusivamente odontológicos. De 2022 para o ano passado, os planos médico-hospitalares apresentaram um crescimento de quase um milhão de beneficiários.

Ainda segundo o sítio eletrônico da ANS há 680 operadoras ativas médico-hospitalares com beneficiários; 238 operadoras ativas exclusivamente odontológicas com beneficiários; 706 operadoras ativas médico-hospitalares; e 252 operadoras ativas exclusivamente odontológicas. Também é possível constatar que o setor registrou lucro líquido de R\$ 3,1 bilhões no acumulado dos três primeiros trimestres de 2023.

Cumpra frisar, que as cláusulas dos contratos de plano de saúde, típicos contratos de adesão, devem ser redigidas conforme requisitos estabelecidos no capítulo VI do CDC, que trata sobre a proteção contratual, repelindo as cláusulas abusivas e excessivamente onerosas ao consumidor e obedecendo às determinações referentes à elaboração dos contratos de adesão. Sobre eles também incidem, por exemplo, as normas sobre o direito e dever de informação, sobre a inversão do ônus da prova, entre outros princípios e direitos cuja verificação em caso concreto envolvendo relação de consumo encontra respaldo na legislação consumerista. Ainda afirmam Ingo Sarlet e Figueiredo (2013, p. 3321) que

[...] o caráter duplamente indisponível do direito em causa, consumidor e saúde, ainda embasa a atuação do Ministério Público, das associações de classe e de entidades da sociedade civil na defesa de uma dimensão coletiva e difusa do direito à saúde e do próprio direito do consumidor, a partir daí configurada.⁴

³ Dados do Setor – dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-r/assuntos/noticias/numeros-do-setor/setor-fecha-2023-com-51-milhoes-de-beneficiarios-em-planos-de-assistencia-medica>. Acesso em 10 junho 2024.

⁴ *Ibid.* P. 3221.

Portanto, é preciso considerar que direito à saúde e direito do consumidor são reitores do ordenamento jurídico e devem ser observados por todos os atores da saúde suplementar. A inobservância de qualquer um deles representa afronta à Constituição, logo deve haver uma compatibilização na aplicação, haja vista que em nenhuma hipótese haverá conflito verdadeiro de normas.

3 O DIREITO À SAÚDE NUM AMBIENTE PROPÍCIO AO LUCRO E DESFAVORÁVEL AO CONSUMIDOR

Segundo o CNJ, mais de 130 mil demandas judiciais anuais tramitam em desfavor das operadoras dos planos de saúde, culminando em aproximadamente 80 mil pedidos julgados procedentes. A magnitude da matéria precisa de análise, uma vez que deixa claro que há uma violação a direito consumerista. Não se pode conceber que tamanha proliferação de ações judiciais não demonstre o quão tem sido violado o direito à saúde nessa relação de consumo.

É importante citar que os contratos de planos de saúde têm base atuarial e que, quando há desequilíbrio, ocorrem repercussões no plano coletivo. Logo, as cláusulas devem considerar todas as variáveis de possível incidência para que se garanta a efetividade contratual e não haja prejuízo individual ou coletivo.

Nesse ambiente hostil ao consumidor, é preciso destacar o papel da financeirização, que, segundo Braga (2017)⁵ pode ser entendida como um modo padronizado sistêmico de reprodução da riqueza, que envolve todo o sistema econômico, marcado pela crescente fatia de ativos financeiros no patrimônio, o que torna as finanças a principal força da atividade econômica.

⁵ BRAGA, J. C. S. et al. *For a political economy of financialization: theory and evidence*. Economia e Sociedade, v. 26, n. spe, p. 829-856, 2017.

Uma economia financeirizada estabelece um novo conceito de riqueza, no sentido de que uma porcentagem crescente dos ativos totais é ativos financeiros negociados em diversos mercados. Ou seja, uma fração crescente dos ativos financeiros tornou-se capital fictício. Esse conjunto de ativos financeiros é composto de ações, obrigações públicas e privadas, contratos de derivativos, produtos estruturados etc., cada vez mais diversificados e complexos. Assim, a riqueza vai se tornando cada vez mais abstrata, puramente financeira.

Pode-se conceber a financeirização como uma nova dinâmica do âmbito das relações capitalistas em que os mercados e as transações financeiras predominam sobre a produção e o comércio. Lazzarato (2012)⁶ ensina que a financeirização está arraigada na expansão da relação devedor-credor num contexto de guerra. Nesse cenário, a dívida é uma nova forma de governamentalidade indispensável para a compreensão do capitalismo atual. Já Krippner (2012)⁷ define a financeirização como a tendência de o lucro ser produzido na economia cada vez mais através dos canais financeiros, em detrimento das atividades produtivas.

A financeirização infunde que a relevância dos ganhos não operacionais em comparação com os ganhos operacionais das diversas unidades econômicas tenha se tornado tão importante a ponto de determinar as decisões de gastos. Atentos a essas alterações estruturais, promovidas pela financeirização, a busca pela valorização monetária dos ativos passou a considerar a lógica não somente das instituições financeiras, mas também das empresas do assim denominado setor produtivo.

Em outros termos, a parcela do capital fictício tornou-se tão central na fase atual do capitalismo que chega a determinar as decisões de despesa, sendo a força motriz das economias contemporâneas. Os autores ainda asseveram que é mais interessante considerar a financeirização como um padrão sistêmico de riqueza, uma vez que inclui novas formas de definir, gerir e concretizar a riqueza.

⁶ LAZZARATO, M. *The making of the indebted man: an essay on the neoliberal condition*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

⁷ KRIPPNER, G. R. *The financialization of the American economy*. Socio-Economic Review, v. 3, n. 2, p. 173-208, 2005.

Sendo a financeirização esse padrão sistêmico, atravessa horizontalmente todos os setores da reprodução social, tendo encontrado nos últimos anos um novo espaço de acumulação e expansão, qual seja, os serviços costumeiramente organizados e geridos pelo Estado, como é o caso da saúde. Esse é um processo interessante, pois a assistência à saúde foi historicamente compreendida como apartada do universo das finanças globais, mas os avanços da financeirização exigem outra abordagem.

Portanto, a financeirização retira o foco da qualidade da prestação do serviço, fazendo com que as operadoras, sobretudo os grandes atores do segmento suplementar empenhem maiores esforços no mercado financeiro do que na prestação do serviço a que se destinam, prioritariamente. Há uma subvalorização do serviço de saúde diante da financeirização, que é capaz de alcançar o lucro de forma exponencial e com maior agilidade. Aliado à financeirização da maior parcela do setor, é crescente a utilização da Análise Econômica do Direito – AED – para subsidiar negativas consumeristas sob a justificativa de escolhas racionais.

Parte-se da premissa de que a AED é uma abordagem interdisciplinar que aplica conceitos e métodos da economia para delinear o funcionamento e os efeitos do sistema jurídico por intermédio da observação de como as leis e as decisões judiciais afetam o comportamento econômico das partes. Além disso, a AED visa avaliar como o direito pode ser projetado e aplicado para promover a eficiência econômica, minimizar custos de transação e incentivar comportamentos na sociedade.

Para os defensores da metodologia, trata-se de uma realidade posta, um caminho sem volta, e que merece ser difundida. Já para os críticos, uma tendência que precisa ser melhor estudada e até mesmo afastada quando em confronto com direitos fundamentais.

A AED observa especialmente o postulado da escolha racional, que esclarece que as escolhas dos agentes são baseadas em incentivos, a partir da análise de custos e benefícios; além disso, direitos possuem custos e em situação de escassez, toda escolha por uma opção seria também o abandono de outra.

Aproximando o direito à saúde e o direito consumerista, é importante esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, define “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando-se a esta figura “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. O artigo 3º, por sua vez, conceitua o fornecedor como

[...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

As pessoas jurídicas que operam os planos de assistência à saúde são típicas prestadoras de serviços, conforme se enquadram no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor; e os usuários dos planos e seguros de saúde são considerados, de sua parte, típicos consumidores, adequados à definição dada no artigo 2º do mesmo Código.

Nessa seara, o Código de Defesa do Consumidor serve como um instrumento nivelador na busca pelo equilíbrio na relação de consumo. Como norma geral, é aplicável às relações no setor de saúde suplementar, objetivando a proteção dos beneficiários nesta atividade econômica, reconhecendo sua vulnerabilidade e os direitos à prevenção de danos que possam vir a sofrer, sejam estes patrimoniais ou morais. É preciso considerar também que tais contratos, por tratarem sobre os serviços de saúde dotados de relevância pública em virtude de determinação do Constituinte no artigo 197,

mantém este caráter mesmo quando prestados pela iniciativa privada e sob a forma de contratos, a interpretação das cláusulas contratuais, bem como o exame acerca da responsabilidade pela execução adequada dos

serviços de saúde deve submeter-se, portanto, à dupla incidência da proteção fundamental do consumidor e do titular do direito à saúde.⁸

Acrescenta, ainda, que nesses contratos

importa reconhecer a incidência de um sistema de tutela reforçada do usuário-consumidor-paciente, decorrente da convergência dos específicos deveres jusfundamentais de proteção do consumidor (CF, art. 5º, XXXII) e de proteção da saúde (CF, art. 196), a determinar a aplicação conjunta do direito à saúde e de proteção do consumidor.

Assim, na interpretação dos contratos de plano de saúde serão considerados a proteção ao direito à saúde, um direito fundamental social atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também os princípios de proteção ao consumidor, todos com fundamento constitucional.

Atualmente, com o Código Civil de 2002 e o CDC, fala-se em princípios sociais do contrato (boa-fé objetiva, função social do contrato, autonomia privada etc.). Nesse contexto, a tutela do consumidor está prevista no art. 5º, XXXII, da CF: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Trata-se, portanto, de garantia fundamental, cláusula pétrea de nosso ordenamento. A lei que regulou tal dispositivo é a Lei 8.078/90.

A doutrina tende a enquadrar o direito do consumidor como um direito fundamental de terceira geração, na medida em que busca atingir a chamada justiça social. Por essa razão, é regido pelo princípio da vedação ao retrocesso, ou seja, o grau de proteção ao consumidor dispensado pelo ordenamento jurídico não pode ser reduzido. Cabe ao Estado e à sociedade zelar pela proteção desse sujeito especial que é o consumidor por ser presumidamente vulnerável.

Atente-se ainda ao artigo 170, V, da CF, que elenca a proteção ao consumidor como um princípio da ordem econômica em conjunto com outros princípios com os quais deve se harmonizar. Isso significa que a ordem econômica só funciona de maneira sustentável se o

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2015. P. 3220.

consumidor for respeitado. Foi o próprio Constituinte no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Temporárias – ADCT - que determinou a elaboração de um CDC. “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

Trata-se de norma eminentemente principiológica, que traça padrões de comportamento. O intuito do Constituinte foi destacar a importância dessa nova lei: uma norma especial não em razão da matéria, mas em razão da pessoa que busca tutelar. Inaugurou-se, portanto, um microssistema de proteção e defesa do consumidor vulnerável. Portanto, o ambiente criado pelo mercado de saúde suplementar deve observar a essencialidade do direito à saúde e primar pela prestação de um serviço eficaz, integral e resolutivo. Não se pode afastar o consumidor do direito que lhe assegura a Constituição, sobretudo em momentos de hipervulnerabilidade, como o que se apresenta quando o serviço buscado se refere à saúde.

4 CONCLUSÃO

É sabido que as políticas públicas se destinam a racionalizar a prestação coletiva do Estado com base nas principais necessidades de saúde da população e de forma a promover a justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais. Assim, Marques e Dallari (2007)⁹ sustentam que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário ao garantir efetivamente o direito à saúde nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos.

De fato, a judicialização da saúde produz sérias consequências em âmbito jurídico, político e social, haja vista que os recursos inicialmente destinados ao financiamento de programas e serviços públicos de saúde são realocados para atenderem a demandas

⁹ MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. *A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista de Saúde Pública, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

particulares e isoladas. Ocorre que, tratando-se de direito fundamental, a regra deve ser pelo fornecimento. Diante dos dados apresentados acima, é imperioso concluir que a Saúde Suplementar desempenha papel de mais alta importância na demanda da prestação dos serviços assistenciais no Brasil, possuindo um alto número de usuários.

Resta nítido que não se pode conceber a transferência para o SUS de todo o leque de atendimento que hoje é prestado pelo setor privado, levando-se em conta não somente o aumento da quantidade de consultas, mas, também, a satisfação que o usuário da Saúde Suplementar refere. Por fim, pode-se argumentar que a Saúde Suplementar representa importante pilar de sustentação do próprio sistema nacional de saúde, tornando-se, hoje, complementarmente indispensável para o Estado, que não teria, de outra forma, como suportar a incorporação dos gastos desse setor no orçamento da União.

Daí ser correto inferir que, objetivar a manutenção e a sustentabilidade das empresas que atuam nesse mercado é de interesse de todos, do Estado e da população. De outra banda, é igualmente verdade que os planos de saúde, dadas as suas características, configuram, como regra geral, relações de natureza consumerista, o que implica referir, em linhas gerais, que determinados direitos e garantias previstos em lei em prol dos consumidores devem incidir sobre tais contratos, ponto sobre o qual não pairam dúvidas.

Diante do exposto, não se pretende desqualificar o objetivo de lucro do empresariado, nem tampouco as estratégias que tem utilizado para a oligopolização do mercado. Tão somente se pretende demonstrar que, a despeito da legítima financeirização, e até mesmo de certa margem para aplicação da análise econômica do direito, deve ser privilegiado o direito à saúde e o consumidor deve ser tratado como tal, observada sua vulnerabilidade agravada, no mais das vezes. É preciso que haja um equilíbrio e uma harmonia do sistema em prol dos melhores resultados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, G. **Direitos, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. *In*: PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. 1a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Cap. 1, p. 2-26.

BAHIA, Cláudio Jose Amaral; ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. **A Justiciabilidade do direito fundamental à saúde**: Concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Ano 99, v. 892, fevereiro, p. 37/85, p. 57/58.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed.. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de agosto de 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9656.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9961.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001**. Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10185.htm. Acesso em: 20 jul. 2024.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Agência Nacional de Saúde Suplementar. O impacto da regulamentação no setor de saúde suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2001. Disponível em: http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/ProdEditorialANS_Serie_ans_vol_1.pdf. Acesso em: 29 ago. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 de agosto de 2024.

BRETTAS, T. Capitalismo dependente, neoliberalismo e financeirização das políticas sociais no Brasil. **Temporalis**, Brasília (DF), ano 17, n. 34, jul./dez. 2017.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris: 1998

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARCH, Cláudia. A contra-reforma do Estado brasileiro e seus efeitos no trabalho em saúde nos serviços públicos. **Tempus – Actas de Saúde Coletiva – O Trabalho em Saúde**. 2011.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920>. Acesso em 08 agosto 2024.

MARTINS, Plínio Lacerda; MONACO, R. O. Quem com crédito fere, no crédito será ferido: por uma análise jurídica e econômica do superendividamento. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 141, p. 41-71, 2022.

MONACO, Rafael Oliveira; SILVA, Rogerio Borba da . Uma introdução à Análise Econômica do Direito. **Meritum (FUMEC)**, v. 15, p. 215-225, 2020.

OCKÉ-REIS, C. O.; ANDREAZZI, M. F. S.; SILVEIRA, F. G. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do estado? **Revista de Economia Contemporânea**, v. 10, n. 1, p. 157–185, jan. 2006.

OCKÉ-REIS, C. O. **A constituição de um modelo de atenção à saúde universal: uma promessa não cumprida pelo SUS?** Rio de Janeiro: Ipea, 2009.

OCKÉ-REIS, C. O. Sustentabilidade do SUS e renúncia de arrecadação fiscal em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, n. 6, p. 2035–2042, 2018.

OCKÉ-REIS, C. O.; FIUZA, E. P. S.; COIMBRA, P. H. H. **Inflação dos planos de saúde** - 2000-2018. Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

OCKÉ-REIS, C. O. Os desafios da ANS frente à concentração dos planos de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 12, p. 1041-1050, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 3. ed. Salvador, Juspodivm, 2017.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos: teoria e prática**. 3. Ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2015.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHWARTZ, Germano. A Autopoiese do Sistema Sanitário. **Revista do Direito Sanitário**. V. 4, n. 1, março de 2003.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, ano 8, n.16, jul/dez, Porto Alegre: UFRGS, 2006.

SEXUALIDADE NO DIREITO E O DIREITO NA SEXUALIDADE: REFLEXÕES INICIAIS À DELIMITAÇÃO DA LOCUÇÃO “DIREITOS SEXUAIS”¹

Bruna Teixeira Jara²

Sara Borges Penna³

Tauã Lima Verdan Rangel⁴

RESUMO

O escopo do presente está assentado em analisar a compreensão da locução “direitos sexuais”, a partir do diálogo e aproximação entre o Direito e a Sexualidade. A sexualidade não possui um conceito universalmente definido e estável, de modo que é compreendida por diversas áreas do conhecimento de uma maneira diversa. Todavia, pode-se afirmar que a sexualidade nada mais é que o conjunto do que entendemos como sexo, gênero, identidade e expressão de gênero e orientação sexual. Desta forma, ao falar sobre sexualidade, estar-se-á discorrendo sobre um conjunto de características distintas que formam a individualidade do ser, isto é, a sua autopercepção como pessoa dentro do contexto social. Ademais, sexo não é o único elemento compreendido no conceito de sexualidade, de modo que não deve ser considerado isoladamente para a caracterização e individualização do ser humano. Neste sentido, o conceito de gênero existe para distinguir a dimensão biológica da social. Isso porque, segundo a antropologia, o gênero nada mais é que um produto da construção social e cultural de uma determinada sociedade, de modo que os indivíduos possuem papéis sociais distintos em cada grupo social existente. Além disso, a orientação sexual também pode comunicar-se com a identidade de gênero, a qual caracteriza-se pela afeição, aversão

¹ Artigo vinculado ao Projeto de Iniciação Científica “Família, bioética e biodireito: redesenhos institucionais e reconfigurações da entidade familiar à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal”

² Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). E-mail: bruna.tjara@gmail.com

³ Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). E-mail: saraborgespn@gmail.com

⁴ Estudos Pós-Doutorais em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Doutorado e mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”, vinculado à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>

ou indiferença do indivíduo ao sexo biológico, bem como aos papéis de gênero ligados a este. A identidade de gênero, portanto, surge como uma maneira de auto identificação do indivíduo, será demonstrada e exercida por meio da expressão de gênero. Veja-se que a aceção assumida pela sexualidade é mais complexa e reúne elementos que são indissociáveis da própria existência humana, motivo pelo qual encontram amparo e acolhimento na dignidade da pessoa humana, eis que são componentes do ser. A temática se reveste de maior densidade quando se analisa a situação envolvendo as minorias sexuais e o comprometimento do pleno exercício de seus direitos, quer seja pela omissão estatal em regular a matéria, seja pela violência institucional tolerada. Não por acaso, ao se analisar a realidade brasileira, o debate envolvendo direitos sexuais ganha especial relevância, dado ao contexto de omissão do Estado em regular as temáticas afetas ao grupo supramencionado e pelo fato do país apresentar índices de violência alarmantes, cuja escalada se amplia, ano após ano. Debater, portanto, o reconhecimento dos direitos sexuais implica, em necessário, o reconhecimento da situação de fragilidade e vulnerabilidade estatal de determinados grupos, o que impõe, com urgência, reflexões sobre o tema. A metodologia empregada para a construção do presente trabalho se baseou na utilização de métodos dedutivos e historiográficos. A partir do critério de abordagem, a pesquisa é categorizada como qualitativa. No que concerne às técnicas de pesquisa, empregaram-se a pesquisa bibliográfica e a revisão de literatura sob o formato sistemático.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O escopo do presente está assentado em analisar, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, as interseções entre a Sexualidade e o Direito, enquanto campos do conhecimento. A partir de tal diálogo, amparado pela dignidade da pessoa humana, na condição de fundamento e estertor do ordenamento jurídico, poder-se-ia falar na emergência de um campo das Ciências Jurídicas voltado para o estudo das normas e tratamento normativo-jurídico da sexualidade, qual seja: os Direitos Sexuais.

Apesar de não possuir um conceito universalmente delineado, a sexualidade pode ser entendida de diversas formas para diversas áreas do conhecimento, como, por exemplo, para a psicologia, sociologia, direito e biologia. Neste sentido, quando se fala sobre sexualidade não é razoável tentar encaixá-la dentro de um único espectro, mas sim analisá-la em contraposição com a sociedade e o indivíduo propriamente dito. A abordagem acerca da compreensão de sexualidade aqui apontada, portanto, decorre da análise do que entende-se por sexo, gênero, identidade e expressão de gênero e orientação sexual. Em outras palavras, é assimilar que a sexualidade, como um todo, é a junção de inúmeros fatos,

sejam esses intrínsecos ou extrínsecos, capazes de individualizar o ser humano e aproximá-lo daquilo que o mesmo entende como quem é.

Inobstante, a ideia de sexualidade, para além do entendimento de ser quem é, passa a assumir o tema de diversos discursos necessários durante a história da sociedade humana. Antes entendida apenas como um desdobramento do sexo, a sexualidade agora passa a ser vista como um direito inerente a todo o ser humano, personalíssimo, indisponível e essencial, sendo protegida pelo direito em uma escala global e nacional. No Brasil, a sexualidade encontra-se tutelada pelo Código Civil de 2002 ao tratar sobre direitos da personalidade, posto que é compreendida como um direito básico e indissociável da ideia de individualidade da pessoa humana. Em um panorama global, a sexualidade passa a ganhar visibilidade de proteção como um direito propriamente dito por meio dos tratados e convenções internacionais interceptadas pela Organização das Nações Unidas.

A sexualidade, enquanto dimensão essencial da experiência humana, vai além do aspecto biológico e adentra o campo dos direitos humanos, sendo uma expressão fundamental da personalidade e dignidade. Assim, sem a liberdade sexual, o indivíduo não se realiza plenamente, assim como ocorre quando lhe falta qualquer outra liberdade fundamental. A discussão sobre sexualidade e o direito de ser quem é revela uma série de tensões no cenário brasileiro, onde normas conservadoras ainda exercem grande influência sobre as estruturas jurídicas e sociais. A sociedade brasileira vive em um paradoxo entre a imagem de um país sexualmente livre e a realidade marcada por estruturas de poder que perpetuam desigualdades profundas baseadas em gênero, raça e classe. O Brasil enfrenta o desafio de conciliar as aspirações modernas de liberdade sexual com uma realidade marcada pela repressão e controle moldado por uma visão colonial que considerava a moralidade nativa inferior aos padrões europeus, um pensamento que se perpetua até os dias de hoje.

No contexto jurídico, a abordagem da sexualidade ainda se mostra limitada e pautada por estereótipos que comprometem a igualdade de gênero e a liberdade sexual, frequentemente tratando de questões discriminatórias, sexistas e violentas. Embora existam avanços significativos, como o reconhecimento da união homoafetiva e a criminalização da

homofobia e transfobia, o Brasil ainda enfrenta grandes desafios para garantir que o direito à sexualidade seja plenamente exercido sem discriminação. Nesse cenário, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem se mostrado fundamental na promoção dos direitos fundamentais, atuando como um agente transformador que corrige omissões legislativas e defende a dignidade da pessoa humana em suas múltiplas dimensões.

Ademais, foi explorada a tentativa de delimitar a expressão "direitos sexuais" à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, destacando a evolução filosófica e histórica do conceito de dignidade. A compreensão da dignidade humana remonta à Grécia Antiga, onde o status social e a participação na vida pública eram determinantes para se obter dignidade. Com o Cristianismo, a dignidade foi atrelada à ideia de uma essência divina, presente em cada indivíduo, reforçando o papel da religião na construção desse conceito. Ao longo dos séculos, filósofos como São Tomás de Aquino e Immanuel Kant também contribuíram para a consolidação da dignidade humana como um valor intrínseco e inalienável do ser humano. Nesse contexto, a dignidade passou a ser vista como uma característica universal e essencial para a fundamentação dos direitos humanos, assegurando que todos os indivíduos sejam tratados com respeito e igualdade, independentemente de qualquer aspecto.

A contribuição de filósofos como Immanuel Kant transformaram a dignidade em um valor moral e racional, destacando que o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para atingir outros objetivos. Esse pensamento foi consolidado na era contemporânea com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que reconhece a dignidade como um princípio fundamental e inalienável. No Brasil, a Constituição de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um pilar central do Estado, garantindo proteção igualitária a todos os cidadãos. Nesse sentido, os direitos sexuais, enquanto expressão da dignidade, refletem o direito à autodeterminação e à liberdade, sendo parte essencial dos direitos fundamentais assegurados a cada indivíduo.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado no estabelecimento das bases históricas sobre a sexualidade. Já o método dedutivo encontrou-se aplicabilidade no recorte temático

proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza eminentemente qualitativa.

Como técnicas de pesquisa estabelecidas, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida. Ao lado disso, as plataformas de pesquisa empregadas na condução da pesquisa foram *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material empreendido as seguintes expressões “Direitos Sexuais”, “Dignidade da Pessoa Humana” e “Violência”.

2 A SEXUALIDADE ENQUANTO EXPRESSÃO HUMANA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA DO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS SEXUAIS

A expansão e valorização do discurso sobre o sexo, segundo Foucault (1999, p. 26-27), vem sendo promovida desde a época clássica, gerando a expectativa de que esse discurso, cuidadosamente analisado, gerasse múltiplos efeitos de transformação, intensificação, redirecionamento e alteração do próprio desejo. Todavia, além de ampliar o campo de debate, a popularização da temática levou os indivíduos a explorarem cada vez mais a questão, concentrando a atenção no próprio sexo, passando a compreender o sexo e a sexualidade para além da moralidade, isto é, racionalmente.

Neste sentido, a sexualidade não possui um conceito universalmente definido e estável, de modo que é compreendida por diversas áreas do conhecimento de uma maneira diversa. Todavia, pode-se afirmar que a sexualidade nada mais é que o conjunto do que entendemos como sexo, gênero, identidade e expressão de gênero e orientação sexual. Desta forma, ao falar sobre sexualidade, estar-se-á discorrendo sobre um conjunto de características distintas que formam a individualidade do ser, isto é, a sua autopercepção como pessoa dentro do contexto social (Jesus, 2012).

Biologicamente, o sexo é entendido como as “características biológicas e anatômicas que a pessoa apresenta, associadas ao feminino e masculino” (Camilo, 2023, n.p.), podendo existir, ainda, casos em que esses caracteres sexuais encontram-se duplamente presentes no indivíduo, dificultando sua identificação biológica de forma restrita à dicotomia macho e fêmea, sendo classificados como intersexo.

Inobstante, o sexo não é o único elemento compreendido no conceito de sexualidade, de modo que não deve ser considerado isoladamente para a caracterização e individualização do ser humano. Dessa forma, Heilborn (1997, p. 1), dispõe que o conceito de gênero existe para distinguir a dimensão biológica da social. Isso porque, segundo a antropologia, o gênero nada mais é que um produto da construção social e cultural de uma determinada sociedade, de modo que os indivíduos possuem papéis sociais distintos em cada grupo social existente. Neste sentido, complementa:

O conceito de gênero (2) tal como esboçado tem como origem a noção de cultura. Essa noção aponta para o fato da vida social, e os vetores que a organizam como, por exemplo, tempo ou espaço são produzidos e sancionados socialmente através de um sistema de representações. As idéias e os valores constituem uma realidade coletiva, autônoma e parcialmente inconsciente para os membros do grupo estudado. A cultura composta de conjuntos ideacionais específicos apresenta-se como um todo integrado; cada domínio pode ser objeto de concepções peculiares, contudo eles mantêm entre si uma tessitura que não é de simples justaposição, ao contrário, integram um sistema interdependente que provê a coerência de uma determinada visão de mundo (Heilborn, 1997. p. 2).

Por outro lado, a orientação sexual é entendida como o resultado entre a união do desejo sexual propriamente dito, o qual é determinado por aspectos diversos como, por exemplo, os recortes sociais e psicológicos, junto à excitação, isto é, as respostas físicas e biológicas dadas pelo corpo em reação a um determinado estímulo (Cardoso, 2008). Partindo deste ponto, é imperioso destacar as diversas formas propostas para avaliação e categorização da orientação sexual.

Conforme dispõe o escólio apresentado por Cardoso (2008, p. 74), uma das primeiras classificações acerca do tema foi proposta por Ulrichs e considerava apenas a orientação sexual aplicada aos homens, categorizando-os em heterossexuais, homossexuais e bissexuais, evoluindo seus estudos para o comportamento e o papel do gênero desempenhado pelos indivíduos do mesmo sexo. Posteriormente, uma nova metodologia de categorização foi criada por Kinsey, o qual integrou as mulheres em seu objeto de estudo, passando a analisar ambos os sexos em uma escala que considerava não só a atração sexual, mas também a preferência emocional e social, a autoidentificação, o estilo de vida e o comportamento (Cardoso, 2008).

Outrossim, a orientação sexual também pode comunicar-se com a identidade de gênero, a qual caracteriza-se pela afeição, aversão ou indiferença do indivíduo ao sexo biológico, bem como aos papéis de gênero ligados a este. A identidade de gênero, portanto, surge como uma maneira de auto identificação do indivíduo, a qual será demonstrada e exercida por meio da expressão de gênero. Portanto:

A identidade de gênero se caracteriza na concepção individual de sou homem, sou mulher ou sou um gênero à parte dessas opções; enquanto que a expressão de gênero é a representação física – incorporada – dessa identificação. Além disso, encaramos o gênero como uma categoria de leitura da sociedade, de maneira a constituir uma variedade de aspectos práticos observáveis, tais como: diferença salarial, posição social e mesmo ocupação geográfica. (Reis; Pinho, 2016. p. 10).

Partindo desta premissa, surgem duas classificações (binárias) importantes dentro da identidade de gênero, quais sejam: cisgeneridade e transgeneridade. Ao dispor sobre cisgeneridade estamos nos referindo aos indivíduos que se identificam com o gênero que lhe foi atribuído quando do nascimento, enquanto a transgeneridade refere-se aqueles que não identificam sua identidade ao gênero atribuído em razão de seu sexo (Jesus, 2012).

Para além da classificação exposta, existem os indivíduos que não se reconhecem como pertencentes a nenhum dos gêneros binários existentes, isto é, cisgênero ou transgênero, pois “avançam à imposição social dada no nascimento, ultrapassam os limites

dos polos e se fixam ou fluem em diversos pontos da linha que os liga, ou mesmo se distanciam da mesma” (Reis; Pinho, 2016. p. 14).

Isto posto, destaca Espectometria não-binária:

bigênero: pessoas que são totalmente de dois gêneros, sem que haja, entretanto, uma mescla bem delimitada entre os dois; qualquer combinação de gêneros é possível, não apenas a combinação feminino com masculino;

agênero: identidade onde os indivíduos vivenciam ausência de gênero; tem sinônimos como não-gênero ou *genderless*;

demigênero: termo para vários gêneros onde pessoas leem suas identidades como sendo parcialmente femininas ou masculinas e parcialmente alguma identidade não-binária; ou ainda, parcialmente agênero e parcialmente alguma outra identidade não-binária;

pangênero: identidade que se refere a uma grande gama de gêneros que pode ultrapassar a finitude do que entendemos atualmente sobre gênero; e

gênero fluido: identidade de pessoas que possuirão o espectro de gêneros em constante mudança, não sendo restrito a dois gêneros apenas (Espectometria não-binária, 2015 *apud* Reis; Pinho, 2016, p. 15).

É imperioso destacar, contudo, que a expressão dessas identidades será distinta, quando analisados isoladamente os comportamentos entre os indivíduos, isso porque a expressão de gênero está relacionada à individualidade de cada pessoa e à sua personalidade, de modo que a demonstração pública da identidade de gênero é de caráter pessoal (Reis; Pinho, 2016). Ao abordar sobre expressão de gênero é imprescindível definir a personalidade não apenas pelo viés antropológico e científico, mas também como um direito personalíssimo inerente à pessoa humana. Para a teoria psicanalítica de Freud, a personalidade “é um conjunto dinâmico constituído por componentes em conflito, dominadas por forças inconscientes e a sexualidade tem um papel crucial nesta teoria” (Baptista, 2010, p. 4), a qual é desenvolvida em cinco fases, quais sejam: a oral, a anal, a fálica, o período de latência e a fase genital.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o art. 1º, do Código Civil define a personalidade como a capacidade de um indivíduo exercer direitos e contrair deveres.

Tepedino e Oliva (2024, p. 103), por sua vez, indicam que a personalidade para o direito também pode apresentar dois sentidos técnicos, quais sejam: “a noção de capacidade de gozo, associando-se à qualidade para ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas”, e como “o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção prioritária pelo ordenamento, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural”.

Neste sentido, o Código Civil de 2002 estabelece à personalidade alguns direitos, os quais são compreendidos de forma dicotômica pela teoria monista e pluralista. A primeira corrente teórica sustenta a existência de um único direito da personalidade, originário e geral, enquanto para a teoria pluralista os direitos da personalidade são múltiplos (Tepedino; Oliva 2024). Inobstante, tem-se como direitos da personalidade “as aspirações próprias, privadas, do indivíduo, as quais são satisfeitas pela vida, pela integridade física, pela honra, pela liberdade, pela privacidade, entre outras prerrogativas” (Fermentão, 2006. p. 262), surgindo a partir do nascimento da pessoa e extinguindo-se com sua morte.

Observando o direito da personalidade para além do campo jurídico brasileiro, destaca-se a teoria das três esferas, cunhada pelos juristas Heinrich Hubmann e Heinrich Henkel, a qual dispõe “que a vida privada da pessoa pode ser dividida em três esferas sobrepostas: a esfera secreta (a esfera do segredo, que é mais interna), a esfera íntima (a esfera da intimidade, que é a intermediária) e a esfera privada (a esfera da privacidade, que é o círculo mais externo)” (Oliveira; Costa-Neto, 2023. p. 256). Assim, as leis, ao serem aplicadas aos casos concretos, devem observar o grau de sensibilidade das esferas da vida privada, de modo que a repressão jurídica deve ser maior quando uma esfera mais sensível for violada, como, por exemplo, nos casos de violação da esfera do segredo. Ademais, a teoria em comento, ao ser aplicada, também deverá levar em consideração a cultura, religião, política e momento histórico de cada sociedade.

Ao analisar as esferas isoladamente, tem-se que a privacidade corresponde ao círculo da vida privada do indivíduo “que envolve as relações mais superficiais pelo fato de um

sujeito não ter reduzido grau de conhecimento da vida alheia” (Oliveira; Costa-Neto, 2023. p. 257). A esfera da intimidade, em contrapartida,

[...] envolve as relações mais íntimas que garantem o compartilhamento de informações em ambiente familiar. É a esfera dos familiares, dos amigos íntimos ou dos profissionais que têm acesso a informações por conta de seu ofício (como padres e advogados). (Oliveira; Costa-Neto, 2023. p. 257).

Por fim, a esfera do segredo refere-se “a informações tão pessoais que não costumam ser compartilhadas com ninguém, nem mesmo com familiares. Essas informações até podem ser compartilhadas a depender da pessoa, mas, por sua natureza extremamente pessoal, não costuma ser publicizada” (Oliveira; Costa-Neto, 2023. p. 257). Na esteira da jurisprudência alemã, a sexualidade estaria compreendida dentro da esfera da intimidade, a qual gozaria de proteção absoluta, sendo o mínimo inviolável garantido ao indivíduo, também sendo recepcionada, conforme o caso concreto, pela esfera da vida privada (Winnikes; Camargo [s.d.]). O referido entendimento resulta da impossibilidade de delimitação e distinção precisa da vida privada e da intimidade, estando intimamente relacionadas entre si.

A proteção jurídica à sexualidade e a personalidade do indivíduo, para além das análises apontadas, começou a ganhar suas primeiras feições com a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a qual passou a proibir a discriminação dos indivíduos quando da aplicação dos dispositivos assegurados no documento. Assim, dispõe o art. 14 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, também denominada de Convenção Européia de Direitos Humanos de 1950:

Art. 14 - O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação (Conselho da Europa, 1950).

Além dos direitos dos grupos sexuais minoritários compreendidos na comunidade LGBTQIAPN+, é imprescindível o destaque à valorização e reconhecimento dos direitos inerentes às mulheres. Assim, mediante a crescente luta pelo reconhecimento do espaço das mulheres na sociedade, surge a urgência de proteger e reconhecer os direitos inerentes a elas, passando a ser amplamente discutido pela Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de uma comissão específica, criada em 1946, para tratar a condição da mulher no cenário mundial, bem como questões acerca da violência e exclusão (Azevedo, 2018).

Neste sentido, a ONU passou a promover inúmeras convenções voltadas para a pauta das mulheres, como a Convenção Interamericana acerca da concessão de direitos civis à mulher, realizada no dia 2 de maio de 1948, em Bogotá, oportunidade em que foi aprovado o texto, o qual declarou, em seu artigo 1º, expressamente que toda mulher, sem distinção, possui direitos políticos assim como o homem, devendo os Estados Americanos “outorgar à mulher os mesmos direitos civis que goza o homem” (Organização dos Estados Americanos, 1948).

A Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, adotado por ocasião da VII Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas (1963), por sua vez, em consonância com o princípio da igualdade de direitos dos homens e das mulheres, contido na Carta das Nações Unidas, dispõe que as mulheres terão, em condições de igualdade com os homens, sem qualquer restrição, o direito ao voto (art. 1º), a capacidade serem elegíveis para todo e qualquer cargo público passível de eleição (art. 2º), bem como o direito de ocupar postos públicos e exercer todas as funções correlatas à eles (art. 3º).

Outrossim, a Convenção Americana de 1969, em suas disposições, também recepcionou a proteção jurídica a sexualidade e a personalidade dos indivíduos ao determinar, em seu art. 1º, que os Estados participantes devem respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na redação do documento, garantindo seu livre exercício sem qualquer tipo de discriminação. Juntamente a cláusula de vedação à discriminação adiciona-se o princípio da igualdade formal esculpido no art. 24 do mesmo diploma legal, o qual

reconhece a igualdade dos indivíduos perante à lei, garantindo a proteção de todos sem qualquer distinção (Piovesan; Kamimura, [s.d.], p. 178).

Destarte, apesar das minorias sexuais “não figurarem no rol das minorias protegidas previsto nos instrumentos internacionais específicos sobre a temática, isso não significa que elas não tenham seus direitos assegurados na esfera internacional” (Oliveira, [s.d.], p. 121). Um exemplo significativo do reconhecimento da proteção dos direitos dos grupos sexuais minoritários é a resolução nº. 17/19 do Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), a qual tem como objetivo tratar acerca da orientação sexual, identidade de gênero e a igualdade de dignidade e direitos a todos os indivíduos, sem haver distinção.

Ademais, com relação aos atos de violência e discriminação baseada na orientação sexual ou identidade de gênero, o Conselho demonstrou sua preocupação, requisitando ao Alto Comissário um estudo sobre leis e práticas discriminatórias, assim como atos de violência contra pessoas LGBT. Igualmente, requisitou que constasse desse estudo a forma pela qual o direito internacional dos direitos humanos pode atuar para acabar com tais violações de direitos humanos (United Nations, 2011 *apud* Oliveira, [s.d.], p. 122-123).

Neste mesmo contexto, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), adotou a resolução nº 27/32, a qual acrescentou àquela anteriormente redigida, as felicitações pelos avanços obtidos na luta contra as violações dos direitos das pessoas pertencentes à comunidade LGBTQIA+, tanto no nível internacional, como também em nível regional e nacional (Oliveira, [s.d.], p. 124). Destaca-se, ainda, que a resolução em comento também solicitou a atualização do relatório realizado no ano de 2011, o qual destacava “padrões de violência sistemática e discriminação baseadas na orientação sexual e identidade de gênero, os quais por vezes colocam em risco muitas pessoas pela simples percepção de homossexualidade ou identidade trans” (Piovesan; Kamimura, [s.d.], p. 185).

Isto posto, retomando a respectiva análise dos tratados internacionais sob a ótica da consolidação dos direitos da mulheres, cabe destacar a Convenção Interamericana para

Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994, a qual surge como uma “medida de reconhecimento quanto à violência contra a mulher, enquanto realidade presente nos lares, nos ambientes sociais, no contexto do trabalho, por muitas vezes, silenciada pelos próprios familiares, colegas e pela própria vítima” (Azevedo, 2018. p. 11).

Conforme entende Azevedo (2018), o reconhecimento da violência contra a mulher como um reflexo da desigualdade histórica entre homens e mulheres na construção e desenvolvimento dos grupos sociais ao longo dos anos. Isso implica, diretamente, no reconhecimento de a violência perpetrada contra a mulher ser um produto atrelado à questão de gênero, atingindo, indiscriminadamente, todas as mulheres e incidindo em maior frequência, contudo, sobre aquelas de baixa renda e escolaridade, negras, periféricas.

Assim, entre os artigos da respectiva Convenção, insta destacar o art. 1º, o qual define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (Organização das Nações Unidas, 1994); o qual apresenta um conceito abrangente de violência contra a mulher, englobando diferentes formas de agressão, como sexual, física ou psicológica, não se restringindo apenas ao ambiente doméstico, uma vez que essa violência pode ocorrer em qualquer lugar, sem limitação quanto ao local onde o ato é cometido (D’Avila; Jucá; Costa, 2013).

Decorrente da respectiva convenção, foi estabelecido, em 1999, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o qual possibilitou a investigação de violações dos direitos das mulheres, eventualmente praticados pelos Estados-partes, mediante às denúncias peticionadas e direcionadas ao Comitê, criado para monitorar o progresso da matéria junto aos Estados signatários (Giese, 2020).

Outrossim, é imprescindível discorrer acerca dos Princípios de Yogyakarta. De início, é importante reconhecer que os princípios ora mencionados decorrem de uma reunião internacional de grupos de direitos humanos, realizada, no ano de 2006, em Yogyakarta, na

Indonésia. Ainda que tais princípios, no primeiro momento, não apresentem força vinculante, em relação aos Estados, a proposta contida no documento ora mencionado é dotada de elevada importância, porquanto referendam um marco sobre a necessidade de se pensar os direitos vinculados à sexualidade, à orientação de gênero e à identidade de gênero, no campo das minorias sexuais. Neste sentido, pode-se destacar:

Os e as especialistas concordam que os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver. Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos (Corrêa; Muntarbhorn, [s.d.], p. 9).

Ainda em sede de *considerandos*, os Princípios de Yogyakarta articulam que:

COMPREENDENDO “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

ENTENDENDO “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;

OBSERVANDO que a legislação internacional de direitos humanos afirma que toda pessoa, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos, que a aplicação das prerrogativas existentes de direitos humanos deve levar em conta as situações específicas e as experiências de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas, e que a consideração primordial em todas as ações relativas às crianças será a primazia dos interesses dessas crianças, e que uma criança capaz de formar opiniões pessoais tem o direito de expressá-las livremente e a essas

opiniões deve ser atribuído o devido peso, de acordo com sua idade e maturidade (Princípios de Yogyakarta, [s.d.], p. 10.11);

Veja-se que os Princípios de Yogyakarta apresentam uma visão ampliada, no que concerne à sexualidade, eis que trazem à baila direitos inerentes e incidentes às denominadas minorias sexuais. Assim, de plano, pode-se destacar que os princípios em comento têm como objetivo “refletir as formulações presentes nos principais instrumentos internacionais sobre direitos humanos, explicitando que estes direitos também se estendem a essa comunidade” (Alamino; Vecchio, 2018, p. 649). De igual modo, deve-se apontar, ainda como objetivo, que “os Estados têm obrigações que devem ser cumpridas para a melhor aplicação e proteção destes direitos” (Alamino; Vecchio, 2018, p. 649).

Neste sentido, Alamino e Vecchio (2018), salientam que:

Os princípios de 1 a 3 trazem a base para o tratamento de direitos humanos a este grupo, qual seja, a universalidade dos direitos humanos e a obrigação de sua aplicação sem nenhum tipo de discriminação. A importância destes princípios é a própria invisibilidade que as pessoas LGBTQ+ enfrentam perante suas sociedades, tendo seus direitos não protegidos, com, muitas vezes, até sua dignidade humana sendo colocada em cheque (Alamino; Vecchio, 2018, p. 650).

Os demais princípios, por sua vez, abordam acerca dos direitos fundamentais, a importância da não discriminação relativa ao trabalho, à seguridade social, à garantia de um padrão de vida adequado, ao direito à habitação, liberdade de opinião e de expressão, à liberdade de ir e vir e de buscar asilo, direito de constituir família, de participar da vida pública e de participar da vida cultural, direito de promover os direitos humanos, de ter recursos jurídicos e medidas corretivas eficazes, além da responsabilização. Inobstante, em 2017, o documento foi atualizado, tendo sido adicionado mais nove princípios, os quais revisam e ampliam as matérias já abordadas no corpo do documento, de modo a ampliar o seu campo de incidência (Alamino; Vecchio, 2018).

Dessarte, apesar dos inúmeros tratados internacionais que visam a proteção dos direitos das mulheres e a erradicação da violência e discriminação perpetrada contra ela, os

avanços almejados ainda não foram amplamente alcançados, necessitando de um maior cooperativismo internacional. É neste ínterim que, em 2015, 193 países passaram a adotar a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável formalizada pela Organização das Nações Unidas, abordando temas ligados às esferas social, ambiental, econômica e institucional do desenvolvimento sustentável, dando continuidade à Agenda de Desenvolvimento do Milênio, sendo composto por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), 169 metas e 232 indicadores, além da Declaração (visão, princípios e compromissos compartilhados) (Kronemberger, [s.d.]).

A Organização das Nações Unidas – ONU na ODS n. 05, propõe objetivos e indicadores para alcançar igualdade de gênero e empoderar as mulheres e meninas, com metas que vão desde acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda partes, como eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos; eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas; dentre outras. Propõe, ainda, a equiparação das mulheres nos cargos públicos. (Velo; Queiroz; Melo, 2024, p. 14-15).

No contexto brasileiro, para além das políticas públicas, a agenda 2030 da ONU também foi incorporada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em suas metas nacionais no âmbito do judiciário como meta nº 9, devendo promover ações de e prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas aos ODS da Agenda 2030 (Velo; Queiroz; Melo, 2024). Para o cumprimento da meta, o tribunal deve escolher um dos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, selecionar um dos três assuntos correspondentes àquela ODS com maior incidência em sua base de dados e elaborar um plano de ação para atingir a meta proposta (Brasil. Conselho Nacional de Justiça, [s.d.]).

3 SEXUALIDADE E O DIREITO DE SER QUEM É: TENSÕES E HIATOS EM UM CENÁRIO DE INTOLERÂNCIA

Ao abordar a sexualidade no contexto da sociedade brasileira, entra-se em um complexo impasse de um país que vive entre o mito da existência de uma liberdade sexual e a realidade regida por normas conservadoras, enraizadas em relações de poder. Como discutido por Heilborn (2006), a ideia atrelada à sexualidade dos brasileiros advém do pensamento colonizador de que o Brasil era um país cujo povo nativo não possuía moralidade sexual, unicamente por não se enquadrar nos padrões europeus derivados do catolicismo e protestantismo. Essa visão estrangeira sobre o povo brasileiro se enraizou e perpetua até a atualidade, sendo considerado um país com pessoas calorosas e descontraídas. Até mesmo na popular frase “terra do samba” é possível fazer a relação de uma nação com sexualidade desinibida.

Entretanto, essa visão generalizada da sexualidade brasileira apenas esconde as desigualdades estruturais de gênero, raça e classe, que influenciam diretamente no direito da sexualidade do indivíduo, não apenas com estruturas jurídicas, reforçando desigualdades, como também mitos culturais conservadores que moldam os pensamentos da população, desde os primeiros anos de vida. Primeiramente, ao discutir sobre as estruturas jurídicas que englobam a sexualidade do povo brasileiro, é fundamental apontar que, segundo Rios (2007), a abordagem jurídica da sexualidade possui conteúdos voltados a situações específicas discriminatórias, sexistas e violentas que comprometem a saúde reprodutiva da mulher, visualizadas tanto como vítimas desses abusos e principalmente envolvidas com a reprodução.

Contudo, se tratando de direito à sexualidade de uma forma mais ampla, a abordagem jurídica passa a englobar situações e relações que atingem tanto mulheres, quanto homens. Essa ampla estrutura jurídica se tornou necessária com o desenvolvimento da sociedade, que precisou romper com seu conservadorismo para garantir que todos tenham seus direitos constitucionais garantidos, se tratando então de um processo

adaptativo e contínuo. Nesse sentido, a necessidade da existência de um ordenamento jurídico para essas questões está diretamente ligada à existência de pensamentos e mitos conservadores que moldaram e ainda moldam o pensamento da sociedade.

Esse pensamento, conforme exposto por Heilborn (2006), ao utilizar o estudo GRAVAD, exemplificou como normas conservadoras continuam exercendo controle sobre a sexualidade feminina, que enfrentam uma série de restrições sobre seus corpos e comportamentos, revelando uma profunda disparidade de gênero. Assim, homens são encorajados a explorar sua sexualidade, ao mesmo tempo em que mulheres são influenciadas a fazer o completo oposto, sendo submetidas ao julgamento moral.

No que se refere à homossexualidade, o estudo GRAVAD, citado por Heilborn (2006), revela que, apesar de avanços em termos de visibilidade e direitos, o preconceito e a intolerância ainda prevalecem, especialmente entre homens. Ademais, isso reflete um contexto social onde a masculinidade tradicional é fortemente vinculada a normas de virilidade e heterossexualidade, sendo qualquer desvio desse padrão visto com desconfiança ou rejeição. Embora as mulheres apresentem maior aceitação das relações homoafetivas, os homens, influenciados por visões religiosas e conservadoras, continuam a perpetuar comportamentos homofóbicos.

Portanto, a questão da sexualidade no Brasil é, em última análise, um reflexo das tensões entre modernidade e tradição. Enquanto o país se projeta como um espaço de liberdade sexual, a realidade revela um sistema ainda pautado pela repressão e controle, especialmente no que diz respeito à homossexualidade e à liberdade sexual feminina. A superação dessas tensões requer um esforço contínuo de mudança cultural e jurídica, para que o Brasil possa, de fato, se tornar um espaço onde a diversidade sexual e de gênero seja plenamente respeitada e celebrada.

A sexualidade, enquanto dimensão fundamental da experiência humana, transcende o mero aspecto biológico e adentra o campo da identidade, da liberdade e dos direitos humanos (Dias, 2001). Ao longo do tempo, as normas sociais e jurídicas têm sido desafiadas a reconhecer a sexualidade como uma expressão integral da personalidade e da dignidade

da pessoa humana. De fato, não é possível sentir-se pleno de seus direitos como ser humano sem a liberdade de poder expressar sua sexualidade. Ademais, assim entendido por Maria Berenice Dias:

A sexualidade é, assim, um elemento integrante da própria natureza humana, seja individualmente, seja genericamente considerada. Sem liberdade sexual, sem o direito ao livre exercício da sexualidade, sem opção sexual livre, o indivíduo humano – e, mais amplamente, o próprio gênero humano – não se realiza, do mesmo modo quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais (Dias, 2001, n.p.).

Dias (ano) ressalta que a diversidade sexual não deve ser vista e tratada como uma violação aos valores sociais, mas como uma expressão legítima do pluralismo e da autodeterminação do indivíduo. Sendo o direito à livre expressão diretamente amparado pelos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal de 1988, estabelece, em seu 5º artigo, a igualdade entre todos os cidadãos como um de seus pilares, sem qualquer forma de distinção e discriminação.

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

I- homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III- ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (Brasil, 1988);

Nesse sentido, tais princípios asseguram a dignidade humana e a liberdade individual, a qual inclui o direito de livre expressão de sua sexualidade. Visto que, seguindo o entendimento de Dias (2001), a sexualidade e a forma como ela é demonstrada é característica específica da vida privada, constituindo uma dimensão do direito de ser quem se é enquanto indivíduo. Dessa forma, o direito à sexualidade enquanto elemento

constitutivo da personalidade, deve ser protegido pelo Estado, garantindo a plena realização da liberdade individual e da dignidade humana.

Ademais, por se tratar de expressão da sexualidade, indubitavelmente há de se falar em diferentes orientações sexuais que também se conecta diretamente à proteção da dignidade da pessoa humana, conforme exposto por José Carlos Teixeira Giorgis:

A relação entre a proteção da dignidade da pessoa humana e a orientação homossexual é direta, pois o respeito aos traços constitutivos de cada um, sem depender da orientação sexual, é previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição". (Giorgis, 2002, p. 244 *apud* Dias, 2007, p. 04)

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito não apenas se abstém de invadir a esfera pessoal dos indivíduos, mas também tem o dever de promover ativamente suas liberdades, não apenas evitando discriminações, mas também criando mecanismos que promovam a inclusão e a igualdade substancial. Essa proteção vai além da simples abstenção de violações, englobando a promoção positiva de um ambiente que respeita a dignidade humana, sendo esse um dos pilares de uma sociedade justa e igualitária (Giorgis, 2002, p. 244 *apud* Dias, 2007, p. 04).

Portanto, a concepção da sexualidade como expressão do direito de ser quem é implica uma revisão contínua das normas jurídicas e sociais, desconstruindo padrões normativos que buscam restringir a expressão sexual dos indivíduos. De forma a garantir que a identidade e a liberdade individual sejam plenamente reconhecidas e protegidas. A partir das reflexões de Dias (2001), entende-se que o maior desafio para o pleno gozo do direito à livre expressão da sexualidade está em transformar a compreensão cultural da sexualidade para uma visão que promova a diversidade e reafirme a dignidade humana. Assim, protegendo o Direito Constitucional do indivíduo de ser quem é.

A escalada de casos violentos envolvendo os grupos sexuais minoritários, como as mulheres e a população LGBTQIA+, tem sido uma preocupação recorrente no Brasil. De acordo com o relatório do Grupo Gay da Bahia (GGB), o Brasil registrou em 2023 um crescimento significativo de mortes violentas entre pessoas LGBTQIA+, se mantendo como

um dos países mais perigosos para essas populações. Este fenômeno reflete o contexto de discriminação estrutural enraizado na sociedade brasileira.

Desse modo, a violência contra as minorias sexuais e mulheres no Brasil deve ser compreendida à luz de um contexto social marcado pela heteronormatividade e o patriarcado. Segundo o levantamento de 2023, feito pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), foram documentadas cerca de 257 mortes violentas de pessoas LGBTQIA+ no país, sendo que 20 mortes ainda se encontram sem as informações necessárias para de fato serem consideradas na estimativa, o que elevaria os dados para um total de 277 mortes. Esses dados refletem o enraizamento de preconceitos e intolerância altamente difundidos na sociedade, visto que essas mortes são um sintoma dessa cultura, atingindo principalmente as populações mais vulneráveis, como mulheres lésbicas, pessoas trans e travestis (Grupo Gay da Bahia, 2024).

Ademais, entende-se que o aumento das taxas de violência contra essas minorias está diretamente ligado à ausência de políticas públicas bem estruturadas na proteção e no combate ao preconceito tão enraizado na sociedade brasileira. Situações como a impunidade em casos de crimes de ódio, adjunta à falta de conscientização sobre os direitos sexuais do indivíduo, cria um cenário no qual a violência se perpetua e é normalizada. Segundo o GGB, uma parcela significativa dessas mortes decorre de motivações por preconceito e intolerância, revelando o fracasso do Estado em assegurar a proteção da vida e da dignidade dessas pessoas (Grupo Gay da Bahia, 2024). Nesse entendimento, Dias (2000) afirma:

A sociedade que se proclama defensora da igualdade é a mesma que ainda mantém uma posição discriminatória nas questões da sexualidade. Nítida é a rejeição social à livre orientação sexual. A homossexualidade existe e sempre existiu, mas é marcada por um estigma social, sendo renegada à marginalidade por se afastar dos padrões de comportamento convencional. Por ser fato diferente dos estereótipos, o que não se encaixa nos padrões, é tido como imoral ou amoral, sem buscar-se a identificação de suas origens orgânicas, sociais ou comportamentais. (Dias, 2000, p. 17. *apud* Dias, 2007, p. 08)

A violência contra as mulheres, possui relação direta com a estrutura patriarcal que ainda prevalece na sociedade brasileira, sendo evidenciada pelo aumento dos casos de feminicídio, sendo registrados apenas no ano de 2023, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) (2024), 1.463 casos, com taxa de 1,4 mulheres mortas para cada grupo de 100 mil. Além disso, mulheres que pertencem à comunidade LGBTQIAPN+, precisam enfrentar a convergência entre sexismo e homofobia, possuindo uma vulnerabilidade ainda maior, já que elas enfrentam preconceitos tanto por sua condição de gênero quanto por sua orientação sexual.

Outrossim, o ambiente político e cultural do Brasil contribui para o crescimento desse quadro de violências. Segundo estudo publicado pelo Bruna Ilara (2021), no Jornal da USP, com base no relatório “LGBTQIA+ em pauta”, as falhas nas políticas públicas voltadas para esse grupo somada com a insuficiência das respostas estatais agravam a violência sistêmica contra essas minorias, evidenciando a necessidade de intervenções políticas mais eficazes. Isso evidencia a necessidade de um enfoque interseccional nas políticas de proteção, que considere os múltiplos fatores que tornam essa população mais suscetível à violência.

Portanto, a escalada de violência contra minorias sexuais e mulheres no país é um problema que demanda ações imediatas e coordenadas entre Estado, sociedade civil e movimentos sociais. Não obstante, de nada adianta assegurar o respeito à dignidade humana como direito constitucional e decretar que todos são iguais perante a lei, não admitindo preconceitos ou discriminação entre homens e mulheres. Por sua vez, há grupos e segmentos alvos da exclusão social, do tratamento desigualitário e, principalmente, de preconceitos enraizados em um Estado que se determina como Democrático de Direito. (Dias, 2007).

Nesse ínterim, é notória a necessidade da intervenção do Estado, em destaque o Supremo Tribunal Federal (STF), desempenhando o papel de agente transformador e garantindo que o direito à liberdade e dignidade da pessoa humana seja protegida. O STF é considerado um órgão de natureza contramajoritária, ou seja, possui a função de proteger direitos fundamentais. Nas palavras de Antônio Augusto de Queiroz:

Ele serve tanto para proteger o Estado democrático de Direito, assegurando a guarda da Constituição e protegendo-a de interpretações contrárias aos seus princípios fundamentais, quanto para evitar que direitos individuais sejam sacrificados pela vontade de uma maioria ocasional. Em um cenário onde a volatilidade e a efemeridade das opiniões podem levar a decisões precipitadas, a função estabilizadora do STF se torna ainda mais evidente e necessária. (Queiroz, 2024, n.p.)

Nesse sentido, ao julgar essas ações, o STF age como um órgão promotor da igualdade, garantindo os direitos fundamentais consagrados, quer seja de maneira expressa, quer seja de maneira implícita, na Constituição Federal. O tribunal se torna essencial ao corrigir omissões legislativas, especialmente ao que se refere a temas vistos como sensíveis que, na realidade, são naturais de um processo de desenvolvimento e adaptação da sociedade. Decerto, foi o que aconteceu com o concubinato e o direito ao divórcio, antes considerados conceitos cercados de preconceitos e conservadorismo, tornaram-se o que hoje é visto como procedimentos comuns da realidade brasileira. (Dias, 2007).

No Brasil, o STF tem atuado em questões envolvendo minorias. Casos emblemáticos como o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo (Ação Direta de Inconstitucionalidade [ADI] nº 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental [ADPF] nº 132), a criminalização da homofobia e da transfobia (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão [ADO] nº. 26). Além das hipóteses em que age corrigindo entendimentos equivocados sobre a interpretação da lei, como na decisão reconhecendo que atos ofensivos praticados contra pessoas da comunidade LGBTQIAPN+ podem ser enquadrados como injúria racial. Nas palavras do ministro Edson Fachin:

A interpretação que restringe sua aplicação aos casos de racismo e mantém desamparadas de proteção as ofensas racistas perpetradas contra indivíduos da comunidade LGBTQIAPN+ contraria não apenas o acórdão embargado, mas toda a sistemática constitucional. (Fachin, 2023, n.p.)

Assim, o STF usufrui do papel de interpretar a Constituição de maneira dinâmica, podendo adaptá-la às transformações sociais do país. Frequentemente é visto a corte

decidindo sobre questões que envolvem direitos fundamentais em áreas onde o Legislativo é inerte ou omissivo, sendo inclusive alvo de críticas, muitas vezes acusado de promover "ativismo judicial". Como ocorreu no julgamento da ADPF nº. 132 e da ADI nº. 4.277. No entanto, é importante compreender que a defesa dos direitos das minorias muitas vezes demanda uma atuação assertiva do Judiciário, principalmente em contextos em que a maioria legislativa não está disposta a promover tais garantias. (Chaves, 2011)

Portanto, sua atuação assegura que os princípios constitucionais de igualdade e dignidade humana sejam respeitados, mesmo diante de majorias políticas que possam se opor a esses direitos. Embora sua postura seja alvo de controvérsia em alguns setores, o STF continua sendo uma peça fundamental na defesa de direitos que, historicamente, foram ignorados ou violados por estruturas de poder majoritárias. Assim, sua função como guardião dos direitos fundamentais, especialmente no que tange às minorias, é crucial para o fortalecimento da democracia e da justiça social no Brasil.

4 A EXPRESSÃO “DIREITOS SEXUAIS” EM UMA TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO: PENSAR O CONTEÚDO DA TEMÁTICA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao se analisar a temática proposta, faz-se necessário reconhecer o processo de formação e evolução da locução dignidade da pessoa humana. Apesar de, contemporaneamente, se reconhecer a densidade jurídica que emoldura a discussão, o processo histórico-evolutivo se confunde com a própria modificação do papel desempenhado pelo ser humano. Neste sentido, o conceito de dignidade humana remonta, em sua gênese, os primórdios da sociedade, tendo sua primeira delimitação ainda na Grécia, durante a Idade Antiga, face à estrutura social adotada pelas cidades-Estado, como, por exemplo, a cidade de Atenas e sua compreensão de dignidade correlata à vida pública. Isto é, na posição ocupada por um indivíduo na sociedade. Em outras palavras, é dizer que

[...] a sociedade berço da Filosofia pensava a dignidade como podendo ser conquistada ao longo da vida através de feitos, de cargos ocupados, e da

participação na vida política, mas que também poderia ser perdida ou retirada, em caso da perda do status social e da notoriedade pública (Dias; Kracieski, 2021, p. 138).

Em Roma, ainda durante a Idade Antiga, a concepção de dignidade humana decorre do pensamento filosófico de Cícero, o qual a apresenta como uma posição sociopolítica individual, coexistindo com um valor moral, bem como universalista (Dias; Kracieski, 2021). No âmbito da Idade Média, tem-se o desenvolvimento da compreensão de dignidade humana como um conceito proveniente do papel de protagonismo desempenhado pelo Cristianismo e pela Filosofia Cristã, a qual é apresentada pelas ideias e ensinamentos de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Deste modo, a dignidade da pessoa humana passa a ser entendida como uma decorrência da própria natureza divina do ser humano, uma vez que, por conter em sua essência, seja material ou espiritual, uma parte do que é denominado essência divina, o homem deve ser considerado um ser digno. A dignidade, portanto, representa a porção divina presente em cada indivíduo, sendo um atributo inseparável e suficiente para fundamentar a existência dos direitos e garantias fundamentais destinados à proteção da humanidade (Cotta; Nunes, [s.d.]).

Conforme dispõe Liguori ([s.d.]), influenciado pelo Cristianismo e Estoicismo, Tomás de Aquino foi o primeiro a trabalhar e estabelecer as compreensões inaugurais acerca do conceito de dignidade da pessoa humana. Para a filosofia Tomista, a dignidade humana fundamenta-se no fato do indivíduo ser um produto da criação divina, realizada conforme a imagem e semelhança de um Deus perfeito e misericordioso, bem como na capacidade de autodeterminação, isto é, no livre arbítrio.

De acordo com São Tomás de Aquino, o homem seria composto por dois corpos, um material e outro espiritual, formando uma unidade substancial, mas que não impossibilitava a imortalidade da alma, visto que a união do espírito e do corpo criava um ente dotado do mais elevado grau de consideração, o homem. Nesse sentido, a dignidade guardaria intensa relação com a sua concepção de pessoa, nada mais sendo que uma qualidade inerente a todo ser humano, o qual se distinguiria das demais criaturas pela racionalidade. (Liguori, [s.d.], p. 117).

De acordo com Pacheco e Silva (2020, p. 72), São Tomás de Aquino, ao se debruçar sobre a pessoa e a própria conotação de dignidade, traz à baila a perspectiva de perfeição, porquanto a pessoa, em sua ótica, significa aquilo que existe de maior perfeição em toda a natureza. Tal premissa deriva, com efeito, de um *standard* de que a pessoa subsiste em uma natureza racional. Ora, tudo aquilo que a pessoa exprime encontra guarida em Deus, porque a essência humana contém a essência divina. Ademais, “neste sentido, convém atribuir a Deus este nome de *Pessoa*. Contudo, não da mesma forma como se faz atribuição às criaturas. Será de modo mais excelente” (Aquino, [s.d.], *apud* Pacheco; Silva, 2020, p. 72).

Não é demasiado afiançar que, em *Suma Teológica*, São Tomás de Aquino cristaliza uma preocupação com a pessoa humana e, por conseguinte, sua respectiva dignidade. Em complemento, quando São Tomás de Aquino explicita em abordar a dignidade da pessoa humana, enquanto imagem de Deus, tem-se a demonstração ser o bem comum da sociedade um bem como de pessoas. Ora, aqui, há uma perspectiva que supera a visão meramente materialista e centrada em bens particulares. Sobre isso, só pode o indivíduo ser considerado *pessoa humana* se for colocado enquanto imagem de Deus, isto é, a *pessoa de Deus* é anterior à origem e, ao mesmo tempo, é a causa da pessoa humana. (Pacheco; Silva, 2020, p. 72). Ainda sobre a questão, Frigo vai além e pontua:

Sendo assim, há no homem um[a] dignidade superior a um simples valor. Afirmar a sua dignidade é afirmar que há nele uma sacralidade inviolável e que, justamente, o torna único e não passível de valoração. Ademais, se o homem possuísse mais valor do que dignidade, alguns poderiam ser tratados como inferiores e outros como superiores, o que, sabemos, pela filosofia de Santo Tomás, todos são *imago Dei*, todos tem, portanto, a mesma dignidade e não são uns superiores aos outros (Frigo, [s.d.], n.p.).

Subjaz, na concepção de Aquino, a premissa de que a pessoa humana é dotada de livre-arbítrio, ou seja, é senhora de seu agir. Neste contexto, o livre-arbítrio desempenha um papel *sine qua non*, na teoria de São Tomás de Aquino, eis que é considerada uma dádiva, uma centelha concedida por Deus, enquanto Criador, à sua criatura. Por via de consequência, ao ser reconhecido como criatura imagem e semelhança de seu Criador, possui nobreza e

dignidade. Destarte, a vida, na sua dimensão maior, abarcando a vida animal e a vida contida na natureza, e, sobretudo, a vida na sua dimensão humana precisa ser respeitada e resguardada (Pacheco; Silva, 2020, p. 72).

Acresce Frigo, acerca do tema, que:

Este ponto é fundamental para a compreensão da doutrina tomasiana acerca do princípio e fim da vida humana, *id est*, do seu princípio teleológico. Dizer que o humano foi criado –foi feito– a imagem do Criador é atribuir um tipo de dignidade superior ao ser humano como é também atribuir elementos do Criador à criatura. Segundo Santo Tomás, dizer que o ser humano é *imago Dei* é dizer que nele há, como que, propriedades análogas às de Deus (Frigo, [s.d.], n.p.).

Silva (2013), ainda ao analisar a compreensão de dignidade em São Tomás de Aquino, aponta que a individuação é fundamental para se pensar a valorização do homem, na condição de ser original, pois desdobra em se pensar a construção de uma compreensão de dignidade única e própria de cada ser humano. Desta sorte, a construção Cristã de que o homem é, ao mesmo tempo, alma e corpo, na condução de uma composição necessária e única, se apresenta como essencial para o conceito de dignidade humana.

Contemporâneo de São Tomás de Aquino, Agostinho de Hipona, também conhecido como Santo Agostinho, apresenta uma contribuição substancial, a partir do contexto do Medievo, para se compreender a dignidade da pessoa humana. Para o filósofo de Hipona, segundo Louro e Strefling (2014), há uma preocupação central em fazer a distinção entre coisas, animais e o grau de excelência conferido aos seres humanos, encontrando, via de consequência, justificativa nos fundamentos da fé, cuja essência alicerça a moralidade.

Agostinho, bispo de Hipona, conseguiu sistematizar uma grandiosa concepção do mundo, do ser humano e de Deus. Impunha-se, portanto, conciliar as duas ordens de coisas e, com isso, retorna à questão principal da patrística, ou seja, ao problema das relações entre a razão e a fé, entre o que se sabe pela convicção interior e o que se demonstra racionalmente, entre a verdade revelada e a verdade lógica, entre a religiosidade cristã e a filosofia pagã (Pires; Pozzoli, 2020, p. 17)..

Neste passo, é imprescindível considerar a liberdade do homem dotada de fundamentalidade para a realização da justiça de Deus. “Se o ser humano fosse programado apenas para fazer o bem, a recompensa perderia seu sentido. Da mesma forma, se ele fosse criado apenas para provocar o mal, o castigo perderia valor” (Louro; Strefling, 2014, p. 2). A partir de tal viés, a liberdade foi concedida ao homem para que, de modo espontâneo, pudesse optar entre as sugestões do bem e do mal.

“Santo Agostinho nos diz que, pelo fato do homem ser dotado do livre arbítrio, ele possui capacidade de escolher livremente como agir. Assim poderá dar um rumo à sua própria existência, escolhendo a Lei Divina ou a Lei Humana”, conforme aponta Cavalieri ([s.d.], n.p.). É, neste contexto, na possibilidade de se exercer o livre-arbítrio e a liberdade concedida, por Deus, ao homem que repousa sua complexidade e, por via de extensão, o atributo de sua dignidade.

Na Idade Moderna, afastando-se de uma perspectiva teocêntrica e da Filosofia Cristã, Immanuel Kant constrói a sua compreensão de dignidade, a partir de um viés de racionalidade. Em Kant, a dignidade humana passa a ser compreendida como uma questão de valor, isto é, algo que não pode ser substituído ou vendido, passando a relacionar-se “com a capacidade do ser humano de não ser um meio para alguma coisa, mas sempre um fim em si mesmo” (Pagno, 2016, p. 224). Inicialmente, é importante destacar que, para a filosofia Kantiana, o homem é entendido como um ser racional, dotado de vontade e intelecto, bem como livre e autônomo, isto é, capaz de se autodeterminar segundo suas convicções (Oliveira; Camargo; Rodrigues, data). Neste sentido, Kant passa a estabelecer a ideia de dignidade a partir da moral.

Segundo Pagno (2016), Kant fundamenta seu raciocínio na necessidade de estabelecer uma moral universal, baseada unicamente na razão, a qual deve abranger todos os indivíduos de forma igualitária, isto é, sem distinção, bem como na ideia de que a moral não pode ser imposta ao ser humano por uma autoridade ou força exterior, pois a mesma está intrínseca a existência do indivíduo.

Neste sentido, para Kant o homem é único ser capaz de produzir uma vontade livre, capaz de escolher independente daquilo que os seus sentimentos ou seus interesses pessoais demandam. Kant chama de vontade livre uma boa vontade, na medida em que, é uma vontade boa em si, e não boa pelo fim que realiza, ou seja, não boa porque torna o homem feliz ou satisfeito, mas, é boa em si mesma. (Pagno, 2016, p. 226).

Deste modo, o mesmo entende que a moralidade não pode ser imposta ao ser humano face à capacidade deste de agir de forma inteligível, podendo impor leis a si próprio, de modo que o agir moralmente não está atrelado às demandas da sensibilidade, mas sim à razão. Assim, a dignidade é entendida como algo que possui um valor intrínseco, residindo na noção de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como um meio para atingir outros fins (Pagno, 2016).

O conceito de dignidade humana, por sua vez, assume um contexto político quando analisado à luz dos pensamentos de Hannah Arendt. Isso porque, para a mesma, a dignidade humana nasce da necessidade de reconhecer que todo indivíduo tem o direito fundamental de possuir direitos (Campos Júnior, 2019). Em outras palavras, para Arendt, “o homem é digno por nascer humano, e continua merecedor de respeito ao participar da vida humana com suas decisões e ações, ou seja, vivendo politicamente” (Schio, 2015, p.13). Deste modo, Arendt entende que a dignidade humana, presente desde o nascimento do indivíduo, só é mantida quando o mesmo age politicamente (Schio, 2015).

Ao dissertar sobre a dignidade, Hannah Arendt traça um paralelo entre o respectivo conceito e a ideia de totalitarismo. Isso porque, a dignidade Arendtiana aponta para uma ideia de juízo, estando vinculada à capacidade de agir coletivamente (Pereira, 2015). Assim, a mesma passa a analisar o totalitarismo como “o ápice da violação ao homem de sua condição, uma vez que o reduziu a uma condição de não homem, que pode ser descartada (...)” (Fiorati, 1999, p. 62). Deste modo, Arendt traz sua crítica aos direitos humanos ao analisar os regimes totalitários, como, por exemplo, o nazismo na Alemanha, o qual foi capaz de suprimir o homem e seus direitos básicos de forma devastadora.

O Regime Nazista, estabelecido na Alemanha entre os anos de 1933 a 1945, foi responsável por inúmeros acontecimentos que suprimiram o que atualmente entendemos

como direitos fundamentais e inerentes a todos os indivíduos. Para além da prática do holocausto, que promoveu o extermínio sistemático de inúmeros grupos e minorias étnicas, políticas, sociais e sexuais, o regime liderado por Adolf Hitler também estabeleceu duas leis dentro do 3º Reich, as quais ficaram conhecidas como As Leis de Nuremberg. O primeiro dispositivo implementado, denominado Lei de Cidadania do Reich, estabelecia que apenas os indivíduos com sangue ou ascendência alemã podiam ser considerados cidadãos na Alemanha Nazista, de modo a definir quem era ou não judeu e alemão dentro do regime. A Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, por sua vez, proibiu o enlace matrimonial entre Judeus e não Judeus, bem como criminalizou as relações sexuais eventualmente estabelecidas entre os mesmos por serem consideradas ações “poluidoras de raça” (United States. Holocaust Memorial Museum; [s.d]).

As Leis de Nuremberg inverteram o processo de emancipação [em curso desde o século 19], através do qual os judeus na Alemanha eram aceitos como membros com plenos direitos na sociedade e como cidadãos do país em total igualdade com os demais. De modo ainda mais significativo, elas foram a base para futuras medidas anti-semitas que efetuaram distinções legais entre alemães e judeus. Pela primeira vez na história, os judeus enfrentaram perseguição não pelo que acreditavam, mas pelo que eles – ou seus pais – eram por nascença. Na Alemanha nazista, nenhuma profissão de fé, conversão, ato ou declaração, poderiam transformar um judeu em alemão. Muitos israelitas alemães, que nunca haviam praticado o judaísmo ou não o faziam há muitos anos, se viram presos pelas garras do terror nazista. (United States. Holocaust Memorial Museum; [s.d], n.p.).

Neste sentido, conforme concluíram Andrade e Cabrera (2022), apesar dos horrores perpetrados pela 2ª Guerra Mundial, o debate acerca da necessidade de expansão da discussão dos chamados Direitos Fundamentais, advindos da ideia do conceito de dignidade, passou a ser necessário para além de uma abordagem restrita aos Estados, ou seja, os direitos inerentes ao homem e calcados na dignidade do mesmo passariam a ser analisados em um viés universal. Neste sentido, cabe destacar que

Foi necessária a catástrofe da Segunda Guerra Mundial para que os direitos humanos passassem a receber, no sistema internacional, no direito novo criado pela Carta da ONU, uma abordagem distinta daquela com a qual vinham sendo habitualmente tratados. Os desmandos dos totalitarismos que aterrorizavam vários países da Europa e que levaram ao megaconflito haviam consolidado a percepção kantiana de que os regimes democráticos apoiados nos direitos humanos eram os mais propícios à manutenção da paz e da segurança internacionais. Daí a necessidade de apoiar, em normas internacionais, o ideal dos direitos humanos. Sobretudo, insinua-se, entre os líderes democráticos, a percepção de que os direitos humanos não podem mais constituir matéria do domínio exclusivo dos Estados e que algum tipo de controle internacional faz-se necessário para conter o mal ativo e passivo prevalescentes no mundo. Trata-se à luz do que tinha sido o horror da guerra e o horror do holocausto, da incorporação da ideia kantiana do direito à hospitalidade universal, sem o qual nenhum ser humano pode, diante da soberania estatal, sentir-se à vontade e em casa no mundo. (Lafer, 1995, *apud* Andrade; Cabrera, 2022, p. 3).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), promulgada pela Organização das Nações Unidas após o fim da Segunda Guerra Mundial, passa a reconhecer a dignidade como um princípio e um direito fundamental e indisponível a todo o indivíduo ao esculpir em seu art. 2º, §1º, que

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (Organização das Nações Unidas, 1948).

Ademais, os artigos 5º, 6º e 7º, também são cristalinos ao determinar que ninguém poderá ser submetido à tortura ou a tratamento cruel, desumano ou degradante, bem como que todo ser humano possui o direito de ser reconhecido como pessoa perante a lei, recebendo, sem distinção, “proteção contra a qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação” (Organização das Nações Unidas, 1948). No Brasil, a dignidade humana conforme reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem foi amparada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo que “o ponto de partida para qualquer reflexão sobre a constituição,

e sobre qualquer desenvolvimento de uma Constituição liberal, seria o homem e sua dignidade” (Mendes, 2013, p. 86).

Neste sentido, para além do artigo primeiro da Constituição de 1988, o qual prevê expressamente que o Estado brasileiro terá como fundamento a dignidade da pessoa humana, a dignidade humana também está prevista na redação dos artigos 227 e 230, quando determinam a proteção dos idosos, crianças e adolescentes (Mendes, 2013, p. 87).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. (Brasil, 1988).

Neste mesmo sentido, as constituições dos estados brasileiros também destacam a dignidade humana como fundamento de sua sociedade e estrutura política. Segundo Gilmar Mendes (2013, p. 88), “Dos 27 textos constitucionais estaduais, apenas um não faz nenhuma menção à dignidade humana (Roraima) e três colocam-na em seus preâmbulos (Pará, Sergipe e Mato Grosso)”. O autor ainda acrescenta que as constituições estaduais também aplicam o conceito de dignidade humana ao tratar sobre os presos, à educação, à proteção da mulher, à política agrícola e fundiária, os portadores de deficiência e pesquisa tecnológica. Assim, tem-se que a dignidade humana passa a ser recepcionada como um valor universal, expressa como um direito indisponível e imprescritível, portanto, fundamental, bem como um princípio, pois deve ser o fundamento para toda e qualquer ação ou decisão que envolva o ser humano.

A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se como um valor central na Constituição de 1988 e funcionando como um alicerce para a construção e interpretação dos direitos fundamentais, os quais garantem as condições mínimas para uma vida digna, no entendimento de André Gustavo

Corrêa de Andrade (2022), a dignidade da pessoa humana ocupa o epicentro das garantias constitucionais, em suas palavras:

O respeito à dignidade humana constitui princípio fundamental. Exatamente em razão dessa sua fundamentalidade, o princípio da dignidade independe, para a produção de efeitos jurídicos, de inclusão expressa em texto normativo (Andrade, 2022, p. 11)

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana atua como um guia na aplicação judicial e serve como parâmetro para o reconhecimento de outros direitos fundamentais. Conforme destacado por Ricardo dos Santos Souto (2019), a dignidade humana é elevada a uma posição de valor supremo na Constituição Federal, sendo um elemento essencial para a proteção de direitos como a vida, a liberdade e a igualdade. Portanto, a dignidade não é apenas um valor abstrato, mas uma garantia efetiva, assegurando que todos possam ter suas necessidades básicas e liberdades respeitadas.

A relação entre dignidade e direitos fundamentais também reflete o entendimento de que esses direitos são as principais ferramentas de proteção da dignidade humana. De modo que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham o mesmo objetivo de promover o bem-estar humano, porém, se diferenciando em termos de aplicabilidade. Enquanto os direitos humanos possuem um caráter universal, sendo reconhecidos em tratados internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os direitos fundamentais são normas positivadas no âmbito nacional, voltadas para garantir a dignidade no contexto de cada ordenamento jurídico (Alvarenga, 2019). “A concretização da Constituição Federal de 1988 subordina-se, inescapavelmente, à efetividade dos direitos fundamentais” (Beltramelli Neto, 2014, p. 99 *apud* Alvarenga, 2019, p. 29)

No Brasil, a dignidade da pessoa humana é frequentemente considerada um valor absoluto. Ricardo dos Santos Souto (2019) argumenta que, ao tratar a dignidade como um valor absoluto, a jurisprudência brasileira coloca limites rígidos para que o Estado e a sociedade respeitem a integridade física, psicológica e moral do indivíduo:

[...] o direito à vida, à liberdade física ou de consciência, a generalidade dos direitos pessoais e que se constituem em atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos, assim possuindo o objetivo de proteger a dignidade essencial da pessoa humana (Souto, 2019, n.p.)

Essa perspectiva se alinha à visão apresentada por Alvarenga (2019), que ressalta a importância de garantir que as políticas públicas e decisões judiciais sempre priorizem a dignidade humana como parâmetro máximo. Esse entendimento impede que a dignidade seja relativizada em situações de conflito de direitos, garantindo que, mesmo em cenários de restrição ou colisão de direitos, a dignidade humana permaneça inalienável. Esse entendimento tem sido amplamente adotado pela jurisprudência brasileira, que prioriza a dignidade humana em decisões judiciais, reforçando sua função de proteção contra abusos do poder estatal e de particulares:

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exerce uma função democratizadora. Os direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito são indissociáveis, assim como os direitos fundamentais e a dignidade humana são indissociáveis também (Piovesan, 2012, p. 26 *apud* Souto, 2019, n.p.).

Contudo, a concepção de dignidade como um valor absoluto também é objeto de debate. Segundo Elisângela Padilha e Carla Bertoni (2016), a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy oferece uma perspectiva diferente, na qual a dignidade pode ser relativizada em certos casos. Elas explicam que, na ponderação de princípios, Alexy propõe que a dignidade da pessoa humana, embora seja um direito central, pode entrar em colisão com outros direitos fundamentais, exigindo uma análise cuidadosa para determinar a prevalência de um direito sobre o outro, conforme exposto pelas autoras:

Por sua vez, de acordo com o conceito relativo, exatamente o oposto é verdadeiro. Compreende a dignidade humana como um princípio que

pode ser ponderado e relativizado, quando em colisão com outras normas. Logo, a concepção relativa é compatível com a análise da proporcionalidade. Nesse contexto, diante de um conflito entre princípios, Robert Alexy defende a ponderação buscando-se, no caso concreto, dar maior peso a um em relação a outro (Bertoncini; Padilha, 2016, n.p.)

Essa relativização, no entanto, não significa uma desvalorização da dignidade, mas sim um reconhecimento de que, em um sistema de direitos, há momentos em que é necessário equilibrar diferentes interesses constitucionais visando a melhor solução possível. Bertoncini e Padilha, ainda, aduzem que:

Certamente, a ponderação vem acompanhada de ampla discricionariedade judicial. Todavia, segundo Robert Alexy, “a ponderação ou balanceamento será realizada somente em casos extremos” (ALEXY, 2015, p. 31). Logo, tal discricionariedade deve ficar limitada àqueles casos em que o ordenamento jurídico não tenha sido capaz de oferecer respostas adequadas para a solução do caso concreto. É nesse momento que deve ser exercido o controle da legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação (Bertoncini, Padilha, 2016, n.p.)

Essas discussões ressaltam a complexidade da relação entre dignidade e direitos fundamentais. Enquanto a visão tradicional brasileira adota a dignidade como um valor absoluto, teorias como a de Alexy sugerem que sua relativização pode ser necessária em certas circunstâncias, desde que tal ponderação seja realizada de forma rigorosa e proporcional. Consoante ponderam, ainda, Padilha e Bertoncini (2016), no contexto do Direito Constitucional Brasileiro, deve-se reconhecer que há um imperativo de que o ordenamento jurídico esteja em constante revisão para garantir que os direitos fundamentais acompanhem as transformações sociais e tecnológicas. De modo que, a dignidade da pessoa humana deve ser continuamente reavaliada e atualizada, mantendo-se como princípio fundante e motor de transformação social.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como princípio central no ordenamento jurídico brasileiro, também deve abranger a dimensão sexual do ser humano. A sexualidade, enquanto expressão da personalidade e da liberdade individual, constitui um

aspecto intrínseco da dignidade. Sendo a liberdade sexual um dos pontos essenciais no conceito central da dignidade humana, sendo um dos direitos fundamentais que garantem a realização plena da autonomia pessoal.

Toda pessoa tem o direito à liberdade de opinião e expressão, não importando sua orientação sexual ou identidade de gênero. Isto inclui a expressão de identidade ou autonomia pessoal através da fala, comportamento, vestimenta, características corporais, escolha de nome ou qualquer outro meio, assim como a liberdade para buscar, receber e transmitir informação e ideias de todos os tipos, incluindo ideias relacionadas aos direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, através de qualquer mídia, e independentemente das fronteiras nacionais (Organização das Nações Unidas, [s.d.], p. 26 *apud* Lima; Rangel, 2017, n.p.).

A interconexão entre sexualidade e dignidade é ainda mais evidente quando analisada sob a ótica da liberdade sexual. Anderson Petilde Lima e Tauã Lima Verdan Rangel defendem que a liberdade sexual deve ser vista como parte integrante do mínimo existencial, sendo essencial para a concretização da dignidade da pessoa humana (Lima; Rangel, 2017, n.p.). O reconhecimento da liberdade sexual vai além da mera ausência de coerção; ele se refere à capacidade de cada indivíduo de tomar decisões sobre sua vida sexual de forma autônoma, em conformidade com suas convicções e desejos, sem sofrer discriminação ou violação de seus direitos fundamentais.

No âmbito brasileiro, o reconhecimento da identidade sexual também se mostra intimamente ligado ao princípio da dignidade. A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 527, que discutiu o direito à alteração de nome e gênero em documentos sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual, foi um marco nesse sentido. Esmanhotto, Lins e Gunther destacam que a dignidade da pessoa humana foi o fundamento principal utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para reconhecer a identidade sexual como um direito de personalidade:

Para fundamentar sua decisão liminar, o Ministro afirma a importância do tema para a dignidade humana, direito à saúde, vida, liberdade e

segurança. Afirmar, nesse sentido, que é dever do Estado “zelar pela não discriminação em razão da identidade de gênero e orientação sexual, bem como de adotar todas as providências necessárias para assegurar a integridade física e psíquica de pessoas LGBTI encarceradas (Esmanhoto; Lins; Gunther, 2022, p. 47).

Tal marco evidencia como a dignidade serve como fundamento para a proteção dos direitos relacionados à identidade sexual, garantindo que os indivíduos possam viver conforme sua identidade de gênero, especialmente no que tange à autonomia e à autodeterminação dos indivíduos sobre suas escolhas sexuais e afetivas, respeitando sua integridade moral e emocional. (Lima; Rangel, 2017, n.p.).

Ainda no contexto brasileiro, Beatriz Galli e Helena Rocha ressaltam que, para garantir a dignidade em relação aos direitos sexuais, é necessário que as políticas públicas sejam laicas e respeitem as diversas formas de expressão da sexualidade. Elas afirmam que o princípio da laicidade do Estado é essencial para que se assegure a autonomia reprodutiva e a dignidade sexual das mulheres (Galli; Rocha, 2020).

Assim, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, em diálogo com a sexualidade, e garantindo a neutralidade do Estado assegura que os direitos sexuais sejam tratados como uma extensão natural dos direitos fundamentais, refletindo assim o avanço na percepção de que a dignidade não pode ser plenamente protegida sem que a liberdade sexual e os direitos relacionados a ela sejam garantidos. Essas reflexões demonstram que a dignidade da pessoa humana, ao dialogar com a sexualidade, expande-se para abarcar uma dimensão fundamental do ser humano, o que contribui para a realização de uma sociedade mais justa, em que os indivíduos possam exercer plenamente seus direitos e viver de acordo com sua identidade e convicções pessoais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente teve como objetivo norteador da pesquisa analisar, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, as interseções entre a Sexualidade e o Direito, enquanto campos

do conhecimento. Verificou-se, para tanto, em especial devido aos desdobramentos oriundos da dignidade da pessoa humana, na condição de fundamento e estertor do ordenamento jurídico, que a temática, para além de debates teóricos, notadamente a partir da segunda metade do século XX, rendeu ensejo à emergência de um ramo das Ciências Jurídicas, cuja questão-condutora é a sexualidade e o tratamento normativo-jurídico a ela atribuído, o que performa a concepção dos Direitos Sexuais.

Conforme exposto, a compreensão do termo sexualidade como entendido atualmente decorre de diversas interpretações que refletem a tentativa de dispor acerca da diversidade em contraposição com a ideia individualidade do ser humano. Deste modo, o entendimento antes restrito apenas ao sexo biológico, atrelado a genitália do indivíduo, passa a ser acrescido pela interpretação da expressão do ser humano na sociedade, isto é, conceitos como gênero, identidade de gênero e orientação sexual, possibilitando uma melhor compreensão acerca da forma como cada indivíduo social se expressa e se reconhece, bem como o reconhecimento da sexualidade como um direito fundamental ao ser humano.

A sexualidade, enquanto dimensão fundamental da experiência humana, deve ser compreendida como um direito inalienável, diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana. Conforme analisado, o Brasil vive uma tensão constante entre os avanços jurídicos e culturais que promovem a liberdade sexual e as barreiras impostas por um pensamento conservador enraizado em normas sociais e religiosas. Não obstante, superar essas barreiras requer um esforço ininterrupto para desconstruir mitos conservadores, com a adaptação contínua do ordenamento jurídico às mudanças sociais, promovendo assim uma cultura de respeito à diversidade sexual e de gênero, na qual todos possam exercer plenamente o direito de ser quem são.

A proteção jurídica da sexualidade, portanto, não pode se limitar a meros avanços legislativos, é necessário que o Estado atue de maneira ativa na promoção de políticas públicas inclusivas e na criação de mecanismos jurídicos que garantam a proteção dos direitos sexuais e reprodutivos, envolvendo uma transformação cultural que assegure o

respeito à diversidade em todos os níveis. O Estado tem o dever de garantir que os direitos sexuais e de gênero sejam tratados como parte essencial da dignidade humana, criando meios que promovam a igualdade substancial e a inclusão. A judicialização de questões relacionadas à sexualidade, como observado no julgamento da ADPF 527, revela a importância do Supremo Tribunal Federal como promotor da igualdade e defensor da dignidade humana. Apenas dessa forma o país poderá superar as tensões e hiatos que ainda restringem a liberdade sexual e caminhar em direção a uma sociedade mais justa e equitativa, na qual a dignidade de cada indivíduo seja plenamente respeitada.

Ademais, a análise da evolução do conceito de dignidade humana demonstra que os direitos sexuais são uma parte fundamental do direito à liberdade e à autodeterminação do indivíduo. Ao longo da evolução humana, a dignidade foi progressivamente desvinculada de aspectos sociopolíticos e religiosos e passou a ser compreendida como um valor inerente a todo ser humano, inalienável e imprescritível. No cenário contemporâneo, o reconhecimento dos direitos sexuais à luz da dignidade da pessoa humana reflete um avanço na compreensão dos direitos fundamentais, pois assegura que a sexualidade seja vista como parte intrínseca da liberdade individual e da identidade pessoal, não admitindo pré-conceitos e nenhum tipo de discriminação.

Ao articular a dignidade com os direitos sexuais, foi ressaltada a importância de um sistema jurídico que garanta a igualdade e a proteção desses direitos. O respeito à diversidade sexual e à autonomia reprodutiva são componentes indispensáveis para a realização plena da dignidade humana, especialmente em sociedades marcadas por exclusões e preconceitos. Portanto, para que o Brasil avance no reconhecimento e proteção dos direitos sexuais, é estritamente necessário que o Estado promova políticas públicas que respeitem a laicidade, promovendo a conscientização da população e garantindo a inclusão de todas as expressões de sexualidade, assegurando que a dignidade humana seja protegida em todos seus aspectos.

Deste modo, o presente trabalho buscou apresentar os conceitos e interpretações inerentes à sexualidade humana, bem como a posição por ela ocupada no ordenamento

jurídico nacional e internacional, analisando a locução “direitos sexuais” à luz da dignidade humana e dos direitos fundamentais, os quais passaram a tutelar e garantir a sexualidade como um direito indisponível e fundamental a todo ser humano, sem qualquer distinção. Ademais, destaca-se que o reconhecimento e consolidação dos direitos sexuais passa a possibilitar uma maior proteção aos grupos minoritários dentro da sociedade, de forma a efetivar a proteção destes contra todo e qualquer tipo de discriminação.

Por fim, é importante ressaltar que, apesar da conquista referente ao reconhecimento da sexualidade, em todas as suas percepções, como um direito fundamental, a questão da discriminação e supressão dos direitos sexuais ainda permanece sem uma solução efetiva. Isso porque, ainda que existam leis e tratados de proteção e garantias, a construção social das sociedades dispersas no mundo decorrem de uma construção histórica individual, muita das vezes patriarcal e conservadora, impedindo discussões e avanços efetivos acerca do tema. No Brasil, os direitos sexuais são tutelados dentro do próprio Código Civil e por outras leis, contudo, ainda que exista previsão legislativa para os mesmos, os reflexos de uma sociedade historicamente patriarcal e repressiva impossibilita a progressão de outras discussões acerca deste cenário.

REFERÊNCIAS

ALAMINO, Felipe Nicolau Pimentel; VECCHIO, Victor Antonio del. Os Princípios de Yogyakarta e a proteção de direitos fundamentais das minorias de orientação sexual e de identidade de gênero. **Revista Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 113, p. 645- 668, 2018.

ANDRADE, Bruno Pereira Lima; CABRERA, Carlos Artur Gallo. “Maus- A História de um Sobrevivente”: Reflexões sobre Violações aos Direitos Humanos a partir da obra de Art Spiegelmann. In: XXXI Congresso de Iniciação Científica, **Anais...**, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2022.

AZEVEDO, Murilo Jacques. **A proteção à mulher nos tratados internacionais**. Orientador: Profa. Tatiana Larissa Mendes. 2018. 23f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Universidade Católica de Salvador, Salvador, 2018.

BAPTISTA, Makilim Nunes. Teorias da personalidade. *In: Psicologia.pt [online]*, portal eletrônico de informações, 2010. Disponível em: <https://www.studocu.com/pt-br/document/universidade-catolica-de-petropolis/psicologia/baptista-teorias-da-personalidade/51579394>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Meta 9 do Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/agenda-2030/meta-9-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 08 set. 2024.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF equipara ofensas contra pessoas LGBTQIAPN+ a crime de injúria racial. *In: STF Notícias [online]*, Brasília, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512663>. Acesso em: 11 set. 2024

CAMILO, Adriana Almeida. Você sabe a diferença entre sexo biológico e gênero? *In: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios [online]*, 2023. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/acessibilidade/publicacoes/sementes-da-equidade/voce-sabe-a-diferenca-entre-sexo-biologico-e-genero>. Acesso em: 16 set. 2024.

CAMPOS JÚNIOR, Amauri de. A Condição Humana em Hannah Arendt. *In: FASBAM [online]*, portal eletrônico de informações, 2019. Disponível em: <https://fasbam.edu.br/2019/04/09/a-condicao-humana-em-hannah-arendt/>. Acesso em out. 2024.

CARDOSO, Fernando Luiz. O Conceito de Orientação Sexual na Encruzilhada entre Sexo, Gênero e Motricidade. **Revista Interamericana de Psicologia**, Porto Alegre, v. 42, n. 1, p. 69-79, 2008.

CAVALIERI, Edebrante. A dignidade da pessoa humana. *In: Arquidiocese de Vitória*, Vitória, 2021. Disponível em: <https://www.aves.org.br/a-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em out. 2024.

CHAVES, Marianna. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil. *In: Jusbrasil [online]*, portal eletrônico de informações, 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil/2978105>. Acesso em: 12 set. 2024.

CONSELHO da Europa. **Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma: Conselho da Europa, 1950.

CÔRREA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. Introdução aos princípios de Yogyakarta. *In*: PAINEL Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero (org.). **Princípios de Yogyakarta**: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em out. 2024.

COTTA, Elisabete Moraes; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. Da dignidade da pessoa humana. *In*: III Encontro de Iniciação Científica & II Encontro de Extensão Universitária, **Anais...**, v. 3, n. 3, 2007.

DIAS, José Francisco de Assis; KRACIESKI, Gabriel Jasper. Evolução filosófica do conceito de dignidade humana. **Aufklärung: journal of philosophy**, João Pessoa, v. 8, n. 1, p.135–152, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual**. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-da-populacao-lgbt/artigos_teses_dissertacoes/53_-_liberdade_de_orientao_sexual_na_sociedade_atual.pdf. Acesso em: 09 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. Liberdade sexual e direitos humanos. *In*: **Instituto Brasileiro de Direito de Família [online]**, portal eletrônico de informações, 2001. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/24/Liberdade+sexual+e+direitos+humanos>. Acesso em: 10 set. 2024.

ESMANHOTTO, Maria Victória da Fonseca; LINS, Rafael Santana Barros; GUNTHER, Luiz Eduardo. O princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do reconhecimento da identidade sexual como direito de personalidade: análise da ADPF 527. **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 37-50, mai.-ago. 2022.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida. Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 6, n. 1, p. 241-266, 2006.

FIORATI, Jete Jane. Os direitos do homem e a condição humana no pensamento de Hannah Arendt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p. 53-64, abr.-jun. 1999.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. Relatório sobre a violência contra a população LGBT. *In*: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, portal eletrônico de informações 2023. Disponível em:

<https://apidspace.forumseguranca.org.br/server/api/core/bitstreams/eca3a94f-2981-488c-af29-572a73c8a9bf/content>. Acesso em: 12 set. 2024.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. ALBUQUERQUE, Maria Thereza da Costa; ALBUQUERQUE, J. A. Guilhon (trad.). 13 ed. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2940534/mod_resource/content/1/Hist%C3%B3ria-da-Sexualidade-1-A-Vontade-de-Saber.pdf. Acesso em out. 2024.

FRIGO, Gabriel Guilherme. O princípio de dignidade humana numa perspectiva tomasiana. *In: CNBB – Regional Sul 3 [online]*, portal eletrônico de informações. Disponível em: <https://cnbbsul3.org.br/o-principio-de-dignidade-humana-numa-perspectiva-tomasiana/>. Acesso em out. 2024.

GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. Direitos Sexuais e Reprodutivos, Autonomia Reprodutiva, Política e (des)respeito ao Princípio da Laicidade. **Plataforma de Direitos Humanos**, São Paulo, p. 1-14, jul. 2014. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/8307382/mod_resource/content/1/GALLI%20e%20ROCHA_DS%20e%20DR_politica%20principio%20laicidade.pdf. Acesso em: 08 out. 2024.

GIESE, Núbia Caroline Tavares Costa. **O impacto transformador do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher na proteção dos direitos humanos à saúde materna: o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira**. Orientador: Profa. Dra. Flávia Cristina Piovesan. 2020. 271f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A natureza jurídica da relação homoerótica. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 88, v. 1, dez. 2002.

GRUPO Gay da Bahia (GGB). Observatório 2023 de Mortes Violentas de LGBTQ+ no Brasil, Grupo Gay da Bahia. *In: GGB [online]*, portal eletrônico de informações, 2024. Disponível em: <https://cedoc.grupodignidade.org.br/2024/01/19/2023-de-mortes-violentas-lgbt-no-brasil-ggb/>. Acesso em out. 2024.

HEILBORN, Maria Luiza. Entre as tramas da sexualidade brasileira. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 43-59, jan.-abr. 2006.

HEILBORN, Maria Luiza. Gênero, Sexualidade e Saúde. *In: SILVA, Dayse de Paula Marques (org.). Saúde, Sexualidade e Reprodução - compartilhando responsabilidades*. Rio de Janeiro: Editora da UERJ, 1997, p. 101-110.

ILARA, Bruna. Políticas públicas falham no combate à violência LGBTfóbica no Brasil. In: **Jornal da USP**, portal eletrônico de informações, 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/politicas-publicas-falham-no-combate-a-violencia-lgbtFOBICA-no-brasil/>. Acesso em: 13 set. 2024.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre Identidade de Gênero**: Conceitos e Termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2 ed., rev. e ampl. Brasília: UnB, 2012.

KRONEMBERGER, Deise Maria Penna. Os desafios da construção dos indicadores ODS globais. **Ciência e Cultura**. v. 71, n. 1, p. 40–45, 1 jan. 2019.

LIGUORI, Rafael Henrique de Oliveira. A Evolução Histórica do Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana. **Revista Saber Digital**, [S. l.], v. 3, n. 01, p. 113–124, 2021.

LIMA, Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Direitos sexuais em pauta: do reconhecimento da fundamentalidade da sexualidade. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 163, ago. 2017.

LIMA, Anderson Petilde; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Sexualidade, direito e dignidade da pessoa humana: o reconhecimento da liberdade sexual como integrante do mínimo existencial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, n. 162, jul. 2017.

LOPES, Ana Maria d'Ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa; COSTA, Andréia da Silva (org.). **Gênero e tráfico de mulheres**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.

LOURO, Carlos da; STREFLING, Sérgio Ricardo. Santo Agostinho e o livre-arbítrio na dignidade do homem. In: XV Encontro de Pós-Graduação da UFPEL, **Anais...**, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2014.

MATTAR, Laura Davis. Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 16, n. 8, p. 60-83, jun. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 6, n. 2, jul.-dez. 2013.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; COSTA-NETO, João. **Direito Civil**. v. único. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023.

OLIVEIRA, Daniela Rezende de; CAMARGO, Alexandre Sandim; RODRIGUES, Isabella de Fraga. A dignidade da pessoa humana como fundamento da Ética Kantiana. *In*: XIX Simpósio Internacional de Ciências Integradas da UNAERP, **Anais...**, São Paulo, 19-21 out. 2022.

OLIVEIRA, Gabriela Werner. A proteção internacional de minorias sexuais: entre a Idade Média e a Pós-Modernidade. **Revista Direito Mackenzie**, v. 9, n. 2, p. 113-128, 2018.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher**. Nova York: ONU, 20 maio 1953 Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Mulher/convencao_sobre_os_direitos_politicos_da_mulher.htm. Acesso em: 08 set. 2024.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Declaração dos Direitos Humanos**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em out. 2024.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). **Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher**. Bogotá: OEA, 30 mar. 1948. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Mulher/convencao_interamericana_sobre_a_concessao_de_direitos_civis_a_mulher.htm. Acesso em: 08 set. 2024.

PACHECO, Marcio de Lima; SILVA, Francisco de Assis Costa da. Tomás de Aquino e os direitos humanos. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, v. 40, n. 1, p. 65-77, jan.-jun. 2020.

PAGNO, Luana. A Dignidade Humana em Kant. **Barbarói**, Santa Cruz do Sul, ed. esp., n. 47, p.223-237, jan.-jun. 2016.

PAINEL Internacional de Especialistas em Legislação Internacional de Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero (org.). **Princípios de Yogyakarta**: Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Disponível em: https://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em out. 2024.

PEREIRA, Ana Paula Silva. A Crítica de Hannah Arendt aos Direitos Humanos e o Direito a ter Direitos. **Perspectiva Filosófica**, v. 42, n. 1, 2015.

PIOVESAN, Flávia; KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas em orientação sexual e identidade de gênero. **Anuario de Derecho Público UDP**, v. 1, p. 173-189, 2017.

PIRES, Adão de Souza; POZZOLI, Lafayette. A dignidade da pessoa humana na história do Direito: aspectos de tempo e espaço. **RJLB**, a. 6, n. 6, p. 1-34, 2020.

QUEIROZ, Antônio Augusto de. O papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal. *In*: **Conjur [online]**, portal eletrônico de informações, 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jun-21/o-papel-contramajoritario-do-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 09 set. 2024.

REIS, Neilton dos; PINHO, Raquel. Gêneros não-binários: identidades, expressões e educação. **Revista Reflexão e Ação**, Santa Cruz do Sul, v. 24, n. 1, p. 7-25, 2016.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, a. 12, v. 26, p. 71-100, 2016.

SCHIO, Sônia Maria. Hannah Arendt: Totalitarismo e Dignidade Humana. **Seara Filosófica**, n. 10, p. 5-16, 2015.

SILVA, Nathalia Lipovetsky e. A relevância do cristianismo para o conceito de dignidade humana: uma análise a partir do humanismo de Tomás de Aquino. **Plura - Revista de Estudos de Religião**, v. 4, n. 1, p. 185-212, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena D. **Fundamentos de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2024.

UNITED STATES. Holocaust Memorial Museum. **As Leis de Nuremberg**. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/pt-br/article/nuremberg-laws>. Acesso em out. 2024.

VELOSO, Roberto Carvalho; QUEIROZ, Conceição de Maria Abreu; MELO, Anna Carolina de Oliveira Abreu. A democracia brasileira, a importância da representatividade feminina na política nacional e a ODS no 5 da ONU. **Revista Observatório de la Economía Latinoamericana**, Curitiba, v. 22, n. 5, p. 01-22, 2024.

WINIKES, Ralph; CAMARGO, Rodrigo Eduardo. **A concepção de vida privada e de intimidade no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0da474fc8e382f9c>. Acesso em out. 2024.

LEI 10.639/03 NO ENSINO SUPERIOR: BREVE ANÁLISE DA GRADE CURRICULAR DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE

Pérola Campos da Mota Xavier Goulart¹
Letícia de Andrade Costa²

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é trazer reflexão sobre a grade curricular da Faculdade de Direito da UFF, *campus* de Niterói, à luz da Lei nº 10.639/03 que incluiu a obrigatoriedade da temática “história e cultura afro-brasileira” nos ensinos fundamental e médio. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, de acordo com Uadi Bulos, “compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem” (2018, p. 529).

Nesse sentido, debater sobre o direito à educação antirracista e que inclui outras perspectivas além da hegemônica é invocar justamente esses direitos fundamentais. Tendo

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora na linha nº 1, intitulada “Currículo, Formação e Diversidade”, organizada pelo ODU - Grupo de Pesquisa e Extensão em Educação Antirracista do Colégio Universitário Geraldo Reis - UFF. Estagiária na Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Ministério Público do Rio de Janeiro. Perolac@id.uff.br. <http://lattes.cnpq.br/4221056178551737>.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Conflitos, gênero e teoria social” vinculado ao Departamento de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense. Residente Jurídica na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. leticiadeandradecosta@id.uff.br. <http://lattes.cnpq.br/6489461443811700>.

em vista que a Lei nº 10.639 completou vinte anos em 2023, pretendemos compreender se houve algum impacto positivo na grade curricular da graduação de Direito da Universidade Federal Fluminense no ano de 2024.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, existiram mudanças no cenário legislativo brasileiro – majoritariamente impulsionadas por movimentos sociais – que abriram espaço para publicação de Leis que promovem a igualdade social, muitas vezes criando políticas públicas para isso. No entanto, é notório que há diferença entre o garantido formalmente e a realidade. A Lei que obriga a inclusão de temáticas afro-brasileiras no ensino fundamental e no ensino médio será utilizada para o recorte dessa pesquisa, mas com a análise de grade curricular do ensino superior, mais especificamente no curso de Direito da UFF.

As bases documentais para tanto foram constituídas mediante consultas ao site oficial da Universidade Federal Fluminense. Foram pesquisadas diferentes versões curriculares do curso em tela, cinco ao todo, e o relatório de ementa do ano corrente, onde estão descritas todas as ementas das disciplinas ofertadas pela Faculdade de Direito – UFF, *campus* Niterói, de caráter optativo e obrigatório. Posteriormente, identificamos as disciplinas e ementas cujos conteúdos programáticos citam palavras-chave correlatas ao estudo de saberes afro-brasileiros.

1 IMPORTÂNCIA DA LEI Nº 10.639/03

A obrigatoriedade do ensino de histórias e cultura afro-brasileira nas escolas é uma política pública importante para a formação do brasileiro, tendo a sua fundamentação justamente no apagamento dessas perspectivas e vivências. Lilia Schwarcz reflete acerca da criação quase que artesanal da história brasileira, que foi massificada pelo governo e que utilizou de uma perspectiva única para monopolizar a verdade (2019):

A construção de uma história oficial não é, portanto, um recurso inócuo ou sem importância; tem um papel estratégico nas políticas de Estado,

engrandecendo certos eventos e suavizando problemas que a nação vivenciou no passado mas prefere esquecer, e cujas raízes ainda encontram repercussão no tempo presente. (2019, p.11)

Dessa maneira, cabe trazer, também o conceito de consciência e memória, por Lélia Gonzalez, que ensina:

Por isso, a gente vai trabalhar com duas noções que ajudarão a sacar o que a gente pretende caracterizar. A gente tá falando das noções de consciência e de memória. Como consciência a gente entende o lugar do desconhecimento, do encobrimento, da alienação, do esquecimento e até do saber. É por aí que o discurso ideológico se faz presente. Já a memória, a gente considera como o não-saber que conhece, esse lugar de inscrições que restituem uma história que não foi escrita, o lugar da emergência da verdade, dessa verdade que se estrutura como ficção. Consciência exclui o que memória inclui. Daí, na medida em que é o lugar da rejeição, consciência se expressa como discurso dominante (ou efeitos desse discurso) numa dada cultura, ocultando memória, mediante a imposição do que ela, consciência, afirma como a verdade. Mas a memória tem suas astúcias, seu jogo de cintura: por isso, ela fala através das mancadas do discurso da consciência. (Gonzales, 1984, p. 227)

Com isso, podemos entender que a ocultação de história afro-brasileira das disciplinas obrigatórias no ensino superior é mais uma vez a consciência atuando e ganhando espaço como narrativa única. A não inclusão dessa perspectiva na formação do ensino superior, ajuda na manutenção do racismo e fere o direito à educação plena da população negra brasileira.

A Lei nº 10.639/2003 altera a Lei nº 9.394/1996 que estabelece as diretrizes bases da educação brasileira, inclui a obrigatoriedade do dia 20 de novembro no calendário escolar, em desacordo com o 13 de maio redentor, suscita rupturas ao projeto educacional hegemônico, fatores que justificam, a despeito de vinte anos de existência, resistência a seu pleno efeito. Educadores, e aqui tomaremos por base a exposição da Prof.^a Dr.^a Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva à Prof.^a Dr.^a Carla Beatriz Meinerz, denunciam as lacunas formativas presente na educação em níveis básico e médio. Saberes afro-brasileiros e a Educação para as Relações Étnico Raciais (ERER) estão postos, não em caráter integrado e

obrigatório, mas sim segregado a determinados profissionais, sobretudo correlatos as disciplinas a cargo das humanidades.

Maneiras de mitigar a Lei nº 10.639 e seus efeitos se apresentam, discussões acerca da inexistência da interdisciplinaridade obrigatória, por mais que infrutíferas, afinal, em seu Art. 26-A, §2º, versa de forma explícita que os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira deverão ser ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial atenção às áreas supracitadas. Bem como afirmações de ausência formativa especializada que torne o educador competente a ministrar tal conteúdo.

Sobre o aspecto último, uma vez que há ausência formativa docente, por que não ampliar a lei de modo a compreender as diretrizes curriculares nacionais em nível superior? Lacunas que se retroalimentam e se justificam mutuamente. Trata-se de território em disputa entre os ânimos que teceram a Lei de Diretrizes Bases da Educação e ainda hoje a utiliza de modo a contemplar seus interesses educacionais mercadológicos, frente às reivindicações de movimentos sociais.

No que diz respeito à educação superior, em específico ao Direito, tomaremos por base a obra Manual de Educação Jurídica Antirracista - direito, justiça e transformação social:

(...) nossa educação jurídica: ela voluntária e involuntariamente contribui para a reprodução de hierarquias sociais. Esse problema decorre do tipo de lógica que permeia toda a maneira como currículos são elaborados, das pessoas selecionadas para lecionar nessas instituições, do tipo de pedagogia utilizada para transmitir conteúdos, da homogeneidade racial dos corpos docentes, elementos responsáveis pela difusão da percepção de que o tema da justiça racial não é um tópico propriamente jurídico, mas uma discussão sociológica alheia ao ensino jurídico. Essa educação para a reprodução da hierarquia faz com que operadores jurídicos desenvolvam e reproduzam o que tem sido chamado de uma perspectiva do opressor: discussões sobre direitos só podem ocorrer a partir de uma orientação individualista e formalista, na qual circunstâncias históricas e sociológicas não podem ser tidas como parâmetros adequados para a interpretação e aplicação de normas jurídicas. (Moreira *et al.*, 2022, p. 40)

É certo que, ainda hoje, há a cristalização de determinados substratos sociais nas carreiras jurídicas, devido a pouca, e por vezes quase ausente, mobilidade social. Propícia a insurgência desses discursos opressivos, que servem apenas aos interesses escusos daqueles beneficiários do direito alheio à realidade. A respeito do deslocamento da justiça racial a tópicos não jurídicos, deve ser acrescentado a relutância ao projeto de ensino comprometido em fomentar a consciência racial. Ocorre porque a branquitude não se vê enquanto sujeito racializado; portanto, não há por que se debruçar sobre temas que a ela não são afetos. Nesse sentido, Barbara Carine expõe que:

Não pensamos em práticas pedagógicas que problematizam o privilégio branco no âmbito da EREB porque pessoas brancas não são racializadas. Por mais que a branquitude tenha criado o conceito de raça, essas pessoas se veem e se projetam no lugar de "ser genérico" de "sujeito universal"; elas, em si, são a representação do humano, racializados são os outros, os afastados da humanidade padrão, são o "os menores", os "menos humanos". (2023, p. 36)

A desumanização de sujeitos "*outros*" não se restringe à negação de sua humanidade, seus saberes, são do mesmo modo, subjugados. Em retomada a exposição da Prof.^a Dr.^a Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva à Prof.^a Dr.^a Carla Beatriz Meinerz, tem-se que:

Uma coisa que lembro é que não inclui o Ensino Superior na redação, porque imaginei que se pusesse também teria que ser considerado e a gente iria ficar numa discussão que não iria dar em nada, então pensei: "vamos garantir". E apresentei sem o Ensino Superior. Aí teve um colega conselheiro que disse assim, um engenheiro, não era nem da educação: "Tem uma coisa que não estou entendendo, e é por que não está aí o Ensino Superior? Tem que incluir o Ensino Superior!" (Meinerz, C. B. 2023, p. 230)

A Constituição Federal prevê em seu Art. 207 que as Universidades gozam de autonomia didático-científica. Por sua vez, a Lei de Diretrizes Base da Educação declara em seu Art. 43, inciso I, que o estímulo à criação cultural, o desenvolvimento do espírito científico e

o pensamento reflexivo são finalidades da educação em nível superior. Ademais, a Resolução nº 2 de 19 de abril de 2021 do CNE/CES - Conselho Nacional de Educação / Câmara de Educação Superior, altera o Art. 5º da Resolução nº 5/2018 do CNE/CES, que institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito, e dispõe que:

Art. 5º O curso de graduação em Direito, priorizando a interdisciplinaridade e a articulação de saberes, deverá incluir no PPC, conteúdos e atividades que atendam às seguintes perspectivas formativas:
§ 3º Tendo em vista a diversificação curricular, as IES poderão introduzir no PPC conteúdos e componentes curriculares visando desenvolver conhecimentos de importância regional, nacional e internacional, bem como definir ênfases em determinado(s) campo(s) do Direito e articular novas competências e saberes necessários aos novos desafios que se apresentem ao mundo do Direito, tais como: Direito Ambiental, Direito Eleitoral, Direito Esportivo, Direitos Humanos, Direito do Consumidor, Direito da Criança e do Adolescente, Direito Agrário, Direito Cibernético e Direito Portuário.

Ora, resta comprovado não se tratar de mera extrapolação interpretativa inferir que o estudo de saberes afro-brasileiros é previsto, mesmo que de modo indireto, na educação nacional em nível superior. Ao reivindicar a incidência da Lei nº 10.639/03 sobre a totalidade da LDB pretende-se assegurar seu pleno exercício. Ao se assumir o compromisso político pedagógico com a educação, em específico a jurídica, comprometida com a defesa dos Direitos Humanos, se faz imperativo advogar para que mecanismos potencialmente transformadores, como este, não sejam apenas letra morta no corpo da lei.

2 PESQUISA NAS MATRIZES CURRICULARES E NA EMENTA DAS DISCIPLINAS

A partir do que foi discutido acima, entendendo a importância do ensino de cultura afro-brasileira em todos os níveis escolares, questionamos acerca da aplicação disso na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Para que fosse possível visualizar esse impacto, ou se sequer houve algum, buscamos no site Oficial da UFF, idUFF, que possui a matriz curricular de todos os cursos.

Como o nosso recorte é voltado para o *campus* de Niterói, selecionamos o curso “07 - Direito” e recebemos a resposta do site de que estariam disponíveis cinco versões de currículos para baixar: 7.01.001; 7.01.005; 7.01.004; 7.01.006 e 7.01.007. Com esses currículos, fizemos a busca de algumas palavras-chaves, quais sejam: “afro”; “antidiscriminatório”; “cultura”; “discriminação”; “marcadores”; “raça” e “racismo”. Essa seleção foi realizada para que a busca apontasse se teriam disciplinas no Direito UFF, *campus* de Niterói, que debateram acerca desses temas e levasse tal debate no nome da disciplina.

Essa busca nos apresentou o seguinte resultado:

Tabela 1 - Busca pelas palavras-chaves nos currículos

Matriz Curricular	Afro	Antidiscriminatório	Cultura	Discriminação	Marcadores	Raça	Racismo
7.01.007	Nenhum resultado	Nenhum resultado	SDB00208 Direito Cultural SDV00162 Direito, Políticas Culturais e Direitos Autorais	Nenhum resultado	SDV00163 Marcadores Sociais da Diferença, Interseccionalidade e Direito	Nenhum resultado	SDP00085 Sistema Penal e Racismo
7.01.006	Nenhum resultado	Nenhum resultado	SDB00208 Direito Cultural	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	SDP00085 Sistema Penal

			al SDV00 162 Direito , Política s Cultur ais e Direito s Autora is				e Racism o
7.01.005	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
7.01.004	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
7.01.001	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado

Como é possível de analisar, os três últimos currículos analisados – 7.01.005, 7.01.004 e 7.01.001 – não apresentaram resultado em nenhuma das buscas realizadas. Apenas o currículo 7.01.007 e 7.01.006 apresentaram resultados nas buscas das palavras “cultura”, “marcadores” e “racismo”.

Entendendo que as disciplinas não necessariamente devem ser criadas para discutir apenas o assunto de cultura afro-brasileira, mas também é orientado pela Lei 10.639 que seja incluído o tema interdisciplinarmente, realizamos as buscas nas ementas das disciplinas.

Essa pesquisa teve a intenção de encontrar possíveis disciplinas que não carregassem em seu título as palavras-chave, mas que integrassem a discussão ao tema principal.

Assim, acessamos o site Oficial da UFF e fizemos a busca por ementas. Selecionamos a busca por órgão e, em seguida, por departamento. No *campus* de Niterói, são quatro departamentos: SDB - Departamento de Direito Público; SDV - Departamento de Direito Privado; DDA - Departamento de Direito Aplicado; SDP - Departamento de Direito Processual e DCJ - Departamento de Ciências Judiciárias. Ao gerar o relatório de todas as ementas de todas as disciplinas oferecidas por esses departamentos, fizemos a busca em cada um dos documentos das mesmas palavras-chave.

A divisão por departamentos ficou da seguinte forma:

Tabela 2 - Busca no relatório de ementas do SDB - Departamento de Direito Público

Palavra-chave	Disciplina	Citação	Status	Criação	Última modificação
Afro	Direito Cultural	7.2 Os remanescentes de quilombo e os demais direitos dos afrodescendentes	Ativa	21/12/2016	21/12/2016
Antidiscriminatório	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Cultura	1.Direito Cultural 2.Direito, Arte e Literatura 3.Direito à cidade 4. China: Estrutura jurídico-	1: O conceito de cultura; Fundamentos Nacionais do Direito Cultural; Fundamentos Internacionais do Direito	1. Ativa 2. Ativa 3. Ativa 4. Ativa 5. Desativada 6. Ativa 7. Ativa 8. Ativa 9. Ativa 10. Ativa	1.21/12/2016 2.17/07/2017 3.06/01/2020 4.06/07/2018 5. - 6. -	1.21/12/2016 2.17/07/2017 3.06/01/2020 4.06/07/2017 5.02/01/1969

	política: o	Cultural	11.	7. -	6.
	Estado, o	2:	Ativa	8. -	01/08/1984
	Partido e o	As diversas	12.	9. -	7.
	Direito	manifestaçõ	Ativa	10. -	07/01/2020
	5.	es culturais	13:	11. -	8.
	Teoria Geral	3:	Ativa	12.	06/08/1997
	do Estado I	Os direitos		17/07/2017	9.
	6.	culturais e os		13.	26/04/2010
	Instituições	coletivos e		17/07/2017	10.
	de Direito	movimentos			26/04/2010
	7.	sociais			11.
	Introdução	artísticos			26/04/2010
	ao Estudo do	4:			12.1
	Direito	Salto adiante			7/07/2017
	8.	e revolução			13.1
	Introdução	cultural			7/07/2017
	ao Estudo do	5:			
	Direito I	Condições			
	9.	existentes do			
	Antropologia	Estado -			
	do Direito	fatores			
	10.	cult			
	Teoria do	urais e			
	Estado II	fatores			
	11.	naturais			
	Criminologia	6:			
	11.	Constituição			
	Direito dos	brasileira,			
	povos	especialmen			
	originários	te da família,			
	12.	da educação			
	Direito, artes	e da cultura			
	e literatura	7:			
	na questão	As duas			
	criminal	tradições			
		culturais e			
		sistemas			
		jurídicos			
		ocidentais: o			
		direito			
		romano-			

		<p>germânico.</p> <p>8: Direito e Cultura</p> <p>9: Busca fornecer ao aluno a ferramenta necessário para a identificação das variadas formas pelas quais a cultura jurídica brasileira se manifesta, através do método comparativo contrastivo.</p> <p>10: Fascismos, indústria cultural e ordem política: do pré ao pós guerra.</p> <p>11: Teoria das subculturas criminais.</p> <p>12: cultura.</p> <p>13: Estudar a territorialização cultural enquanto projeção de direitos.</p>			
--	--	--	--	--	--

Discriminação	1.História do Direito e Relações Raciais no Brasil 2.Ciência das Fin e Direito Financeiro II 3. Direito Financeiro II 4. Legislação Tributária 5. Legislação Tributária 6. Direito do Trabalho e gênero	1.Discriminação e desigualdades raciais no Brasil contemporâneo. 2.Discriminação da competência tributária na constituição 3. Discriminação da competência tributária no Brasil 4. Discriminação da competência tributária 5. Discriminação da competência tributária 6. Reflexos da discriminação de gênero no mercado de trabalho brasileiro.	1. Ativa 2. Ativa 3. Desativada 4. Ativa 5. Ativa 6. Ativa	1.02/01/2018 2. - 3. - 4. - 5. - 6. 27/06/2023	1.02/01/2018 2. 01/08/1984 3. 01/12/1969 4. 01/08/1984 5. 29/11/2006 6.27/06/2023
Marcadores	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Raça	1.Direito à cidade 2. História do	1.O direito à cidade na perspectiva	1.Ativa 2. Ativa 3. Ativa	1.06/01/2020 2.	1.06/01/2020 2.02/01/201

	Direito e Relações Raciais no Brasil 2. Sociologia e Direito II	do feminismo e da interseccionalidade: gênero, raça e classe social no espaço urbano. 2. Lutas abolicionistas e o problema da raça no início do século XX no Brasil. 3. Gênero e raça.		02/01/2018 3. -	8 3. 26/04/2010
Racismo	1. Teoria do Estado I 2. Human Rights and citizenship in Latin America: urban struggles against inequalities	1. Racismo e religiosidade 2. Desigualdades como eixo do capitalismo: modernidade, colonialismo e racismo.	1. Ativa 2. Ativa	1.- 2. 05/08/2021	1.07/01/2010 2.05/08/2021

A partir dessa tabela, podemos notar que no Departamento de Direito Público, apesar de terem retornado bons resultados na maioria das palavras-chave, nem todos são referentes ao tema de cultura afro-brasileira. De todas as disciplinas e analisando as citações das palavras buscadas em suas ementas, apenas seis delas têm, explicitamente, previsto no cronograma a inclusão do debate racial. Vale também destacar que, das mencionadas

disciplinas, quatro foram criadas nos últimos oito anos e duas foram criadas em 2010 – todas muitos anos depois da promulgação da Lei nº 10.639.

Tabela 3 - Busca no relatório de ementas do SDV - Departamento de Direito Privado

Palavra-chave	Disciplina	Citação	Status	Criação	Última modificação
Afro	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Antidiscriminatório	Direito, gênero e sexualidade	Direito, gênero e sexualidade	Ativa	06/04/2024	06/04/2024
Cultura	1.Direito, políticas culturais e direitos autorais 2.Governança, integridade e proteção de dados 3.Direito da Criança e do Adolescente 4.Direito do Idoso 5.Direito à alimentação	1.Direito e Cultura; política da cultura digital 2. O desenvolvimento moral na cultura das organizações ; governança e cultura corporativa 3.Do direito à educação, cultura, esporte e lazer. 4.Da educação, cultura, esporte e lazer. 5. Direito à alimentação, cultura e	1.Ativa 2.Ativa 3.Ativa 4.Ativa 5.Ativa	1.16/02/2022 2. 2.17/05/2021 3.- 4. - 5.21/12/2016	1.16/02/2022 2. 2.17/05/2021 1 3.26/04/2010 4.26/04/2010 5.21/12/2016

		educação alimentar			
Discriminação	1.Governança, integridade e proteção de dados 2.Direito das pessoas com deficiência	1.Inteligência artificial e discriminação 2.Igualdade e não discriminação	1.Ativa 2.Ativa	1.17/05/2021 2.16/02/2022	1.17/05/2021 2.16/02/2022
Marcadores	Marcadores sociais da diferença, interseccionalidade e Direito	Direito e Marcadores Sociais da Diferença	1.Ativa	1.27/06/2023	1.27/06/2023
Raça	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Racismo	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado

No Departamento de Direito Privado, de todas as buscas, apenas três disciplinas apresentaram em sua ementa a intenção de debater acerca do tema que a Lei nº 10.639 promove. Ressalta-se que tais disciplinas foram criadas bem recentemente, 2021, 2023 e 2024: “Governança, integridade e proteção de dados”; “Marcadores sociais da diferença, interseccionalidade e Direito” e “Direito, gênero e sexualidade”.

Tabela 4 - Busca no relatório de ementas do DDA - Departamento de Direito Aplicado

Palavra-chave	Disciplina	Citação	Status	Criação	Última modificação
Afro	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado

Antidiscriminatório	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Cultura	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Discriminação	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Marcadores	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Raça	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Racismo	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado

O Departamento de Direito Aplicado apresentou nenhuma disciplina cujo nome contivesse alguma palavra-chave ou que os temas tenham sido inseridos na ementa.

Tabela 5 - Busca no relatório de ementas do SDP - Departamento de Direito Processual

Palavra-chave	Disciplina	Citação	Status	Criação	Última modificação
Afro	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Antidiscriminatório	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Cultura	1.Processo e mídia no Estado Democrático de Direito 2.Mediação 3.Direito Processual Interdisciplinar	1.A indústria da cultura. 2.Mediação, cultura e emancipação 3.Processo e cultura jurídica..	1.Ativa 2.Ativa 3.Ativa	1.21/12/2016 2.21/12/2016 3.21/12/2016	1.21/12/2016 2.21/12/2016 3.21/12/2016

Discriminação	1.Estatuto da pessoa com deficiência 2.Estatuto da pessoa com deficiência	1.Igualdade e não discriminação 2. Igualdade e não discriminação	1.Ativa 2.Ativa	1.28/06/2023 2.18/12/2020	1.28/06/2023 2.18/12/2020
Marcadores	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Raça	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Racismo	Sistema penal e racismo	Racismo estrutural; sistema penal e racismo no Brasil	Ativa	18/12/2020	18/12/2020

No Departamento de Direito Processual, apenas a disciplina criada em 2020 cujo nome é “Sistema Penal e Racismo” aponta na sua ementa a intenção de discutir sobre questões raciais.

Tabela 6 - Busca no relatório de ementas do DCJ - Departamento de Ciências

Judiciárias

Palavra-chave	Disciplina	Citação	Status	Criação	Última modificação
Afro	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Antidiscriminatório	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Cultura	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado

Discriminação	1.Direito Concordatário 2.Direito Concordatário	1.D. Princípio da não-discriminação 2.D. Princípio da não-discriminação	1.Ativa 2.Ativa	1.09/12/2011 2.01/08/2019	1.09/12/2011 2.01/08/2019
Marcadores	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Raça	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado
Racismo	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado	Nenhum resultado

Por fim, na busca realizada no relatório de ementas do Departamento de Ciências Judiciárias, o único termo que obteve resultado foi “discriminação”, mas que também não tem relação com cultura afro-brasileira. Em suma, com todas as pesquisas realizadas em todas as ementas, apenas dez disciplinas apresentaram em seu título ou em sua ementa a proposta de fazer um debate racial. Ressalta-se, ainda, que a maioria dessas disciplinas foram recentemente criadas, tendo apenas duas se destacando no ano de 2010.

CONCLUSÕES

De maneira inicial, é possível concluir que, apesar de a Lei nº 10.639/2003 ter tornado obrigatório o ensino de história e cultura afro-brasileira nos ensinos fundamental e médio, a realidade material é outra. A história de eixo-único – ou a história dos vencedores – ainda é mais debatida, de forma hegemônica, dentro das salas de aula. Ao longo do período letivo anual, essa perspectiva racial é encaixada em datas comemorativas como em novembro, com o Dia da Consciência Negra, ou em maio, com a comemoração da lei da abolição.

Além disso, a Lei não inclui como obrigatório esse ensino nas Universidades, mas cabe questionamento acerca da falta de inclusão dessas perspectivas de grupos minorizados nesses espaços de formação. É possível debatermos, inclusive, se essa exclusão da população negra brasileira nos temas acadêmicos fere o direito pleno à educação da população como um todo, tendo em vista que recebem apenas parte das informações.

Por fim, o curso de Direito, por ser de uma área que forma profissionais que irão lidar com defesa de direitos e aplicação da ciência social em geral, deve incluir a perspectiva afro-brasileira em suas ementas. A utilização da consciência como única forma de produção do saber afasta outras maneiras de conhecimentos legítimos e a Faculdade fomenta o *status quo* de uma sociedade patriarcal, racista e elitista.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Resolução CNE/CES nº 2, de 19 de abril de 2021**. Altera o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5, de 2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 abr. 2021. Seção 1, p. 50.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003**. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm#:~:text=Nos%20estabelecimentos%20de%20ensino%20fundamental,Hist%C3%B3ria%20e%20Cultura%20Afro%2DBrasileira. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm#:~:text=L9394&text=Estabelece%20as%20diretrizes%20e%20bases%20da%20educa%C3%A7%C3%A3o%20nacional.&text=Art.

%201%C2%BA%20A%20educa%C3%A7%C3%A3o%20abrange,civil%20e%20nas%20manife sta%C3%A7%C3%B5es%20culturais. Acesso em: 16 set. 2024.

BRASIL. **Resolução nº 2, de 19 de abril de 2021**. Altera o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5/2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. . Brasília, Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=181301-rces002-21&category_slug=abril-2021-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 16 set. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional** - 11 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DOURADO, Luiz Fernandes. Reforma do Estado e as Políticas para a Educação Superior no Brasil nos anos 90. **Educação & Sociedade**: Revista de Ciência da Educação, São Paulo.

GONZALES, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. **Revista Ciências Sociais Hoje**, Anpocs, 1984, p. 223-244.

Meinerz, C. B. Entrevista com a Professora Petronilha Beatriz Gonçalves e Silva: Educação das Relações Étnico-Raciais, Ensino de História e os Vinte Anos da Lei 10.639/2003. **Revista História Hoje**, v. 12, n. 25, 2003. Disponível em: <https://doi.org/10.20949/rhhj.v12i25.1091>

MOREIRA, Adilson José *et al.* **Manual de Educação Jurídica Antirracista**: direito, justiça e transformação social.. São Paulo: Contracorrente, 2022.

PINHEIRO, Bárbara Carine Soares. **Como ser um Educador Antirracista**. São Paulo, Paleta do Brasil, 2023.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

Universidade Federal Fluminense. **Banco de Ementas**. Disponível em: <https://ap.uff.br/iduff/consultaEmenta.uff>. Acesso em: 15 set. 2024.

Universidade Federal Fluminense. **Matriz Curricular**. Disponível em: <https://ap.uff.br/iduff/consultaMatrizCurricular.uff>. Acesso em: 12 set. 2024.

A IMPORTÂNCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE MENTAL NAS ESCOLAS: ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS A PARTIR DA LEI 14.819/2024

Nicoli Francieli Gross¹
Lavinia Rico Wichinhesk²

1 INTRODUÇÃO

O paradigma atual em saúde abrange, necessariamente, a saúde mental, dimensão que passa a ser compreendida também de maneira multideterminada. Ocorre, que durante muito tempo, a saúde mental vem sendo negligenciada tanto pela comunidade como pelo Estado, isto pelo fato de ser um assunto pouco abordado, principalmente sobre a saúde mental de crianças e adolescentes no âmbito escolar.

Nota-se que ao longo dos anos a assistência à estas crianças eram calcadas em processos de exclusão, em uma restrita visão médico-psicológica, cujo objetivo era reajustar as crianças às normas sociais. O atendimento em saúde mental dos adolescentes geralmente

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), com bolsa integral da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROSUC). Mestra em Direitos Sociais pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel, com bolsa integral CAPES. Especialista em Direito Médico e Saúde pela UNISC. Bacharela em Direito pela Unijuí, com período sanduiche na Universidade de Porto em Portugal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0461734838276975> E-mail: grossnicoli99@gmail.com.

² Doutoranda em Direito (UNIJUI) com bolsa Prosuc CAPES. Mestra em Direito (UNIJUI). Pós-Graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global (PUCRS) com bolsa-auxílio financiado pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Advogada inscrita na seccional de Ijuí-RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5275679196902268>. E-mail: lavinia_rico@hotmail.com.

se limitava a hospitais e Unidades Básicas de Saúde (UBS), dificultando a assistência dessa população e principalmente sua continuidade. Diante da redemocratização do Brasil, o tratamento passa a ser humanizado, e passa a contemplar proposta de inclusão, pautada em uma visão mais abrangente dos problemas e dificuldades das crianças. Entretanto, o acesso à saúde mental desse público, é por vezes restrito, uma vez que, muitos pais não têm condições de arcar com as custas de assistência psicológica.

A escola, torna-se um recinto acurado para possibilitar a promoção da educação à saúde mental, já que se espera que os adolescentes que estão inseridos neste ambiente se tornam uma demanda muitas vezes reprimida dos serviços de saúde, e possibilita a orientação em larga escala. Portanto, é imprescritível que a assistência à saúde mental transcenda os limites ditos hospitalares, passando a ser contemplada em outros locais da sociedade, como no ambiente escolar.

O Programa Saúde na Escola (PSE) foi instituído pelo decreto ministerial nº 6.286/2007, com objetivo de contribuir com a formação integral dos estudantes da rede pública de educação básica, em ações de promoção à saúde, prevenção de agravos e atenção à saúde. Além disso, o programa busca fortalecer as relações entre saúde e educação, articulando ações nas redes de atenção básica e assistência aos educandos, promovendo ainda a cidadania e espaços de formação e articulação de direitos (Brasil, 2007). Nesse viés, requer destacar a importância da escola como locus de implementação de estratégias e de prevenção ao adoecimento das crianças e adolescentes, levando em consideração o direito fundamental e social ao acesso à saúde mental.

Através do método bibliográfico-documental, objetiva analisar as políticas públicas de saúde mental, no âmbito escolar, mais precisamente, a recente normativa Lei nº 14.819, implementada em janeiro de 2024, que instituiu a Política Nacional de Atenção Psicossocial nas Comunidades Escolares.

No tocante à realidade brasileira, especificadamente no que diz respeito à educação em saúde mental na escola, entende-se, ser, um pilar fundamental para a concretização de um bom desenvolvimento cognitivo tanto no meio seio escolar como na comunidade.

Entretanto, necessita, ainda, de verbas para a concretização normativa vigente no Brasil, para que de fato, a saúde mental seja contemplada com êxito na comunidade escolar.

1 A HISTÓRIA DO NASCIMENTO DA SAÚDE NA ESCOLA

A política de atenção à saúde escolar remonta o final do século XVIII e o início do século XIX, quando o médico alemão Johann Peter Frank (1745-1821) elaborou o *System Einer Vollstandigen Medicinischen Politizei* que ficou conhecido posteriormente como Sistema Frank. Esse sistema foi publicado em 1779, na Alemanha, sendo um guia dividido em nove v.s, sendo os dois últimos póstumos. Na visão de Rosen (1979), este trabalho hoje é considerado um marco no pensamento a respeito das relações sociais da saúde e da doença.

Nota-se que o guia mencionado foi desenvolvido durante o pensamento político e econômico vigente no final do século XVII e início da maior parte do século XVIII, na Alemanha. Importante frisar que o Sistema Frank não contemplava apenas a saúde escolar, mas, também, abrangia os múltiplos aspectos da saúde pública e individual, tais como a demografia, casamento, procriação, puerpério, saúde infantil, medicina militar, doenças infectocontagiosas, vestuário, esgotos, suprimento de água e prevenção de acidentes (Lima, 1985).

A referida obra, legou a Johan Peter Frank o reconhecimento como o pai da saúde escolar visto que, no tocante ao tema, dispunha detalhadamente sobre o atendimento escolar e a supervisão das instituições educacionais particularizando desde a prevenção de acidentes até a higiene mental, da elaboração de programas de atletismo até a iluminação, bem como, o aquecimento e ventilação das salas de aula (Lima, 1985).

Ocorre que a possibilidade de implementação da saúde nas escolas começou a ser discutida pelo governo brasileiro em 1850, entretanto, estratégias de articulação para sua implementação somente começaram a serem gradativamente, implementados em 1889, a qual se deu através do decreto do Barão do Lavradio que tinha como objetivo regulamentar

a inspetoria das escolas públicas e privadas na Corte (Figueiredo; Machado; Abreu, 2008). O seu grande impulso se deu, precisamente, a partir do século XX. Durante aquele contexto histórico-social, a intensa imigração, marcou, tanto positivamente como negativamente, o processo evolutivo do desenvolvimento social, visto que se tratava de um processo essencial para à expansão da cafeicultura, e por outro lado, com a entrada e saída de imigrantes, a saúde pública passou por uma forte crise.

A varíola- uma doença erradicada em todo o mundo-, era um dos grandes problemas para a saúde pública e as epidemias de cólera e peste bubônica comprometiam as atividades do comércio exterior do país. A isso se somava uma epidemia de febre amarela urbana e alta incidência de doenças ainda hoje comuns à realidade brasileira, tais como malária, sífilis, tuberculoso e hanseníase. Esse quadro nosológico tinha como tradução uma alta mortalidade da população em geral, obviamente agrava nas crianças, vitimizadas também pela desnutrição, por diarreias ou por doenças hoje imunopreveníveis, tais como sarampo, tétano, coqueluche e difteria.

De acordo com a visão de Lima (1985), a saúde escolar – ou higiene escolar-, como então, usualmente, era denominada, se deu na intercessão de três doutrinas, sendo elas: a polícia médica, a do sanitarismo e a da puericultura. O termo “polícia médica” tem sua gênese no grego “politeia” e, está relacionado a uma teoria prática e administrativo do estado absolutista alemão. Desse modo, a polícia médica foi o mecanismo através do qual o Estado assumiu a função de zelar pela saúde da população, cabendo aos médicos não somente a responsabilidade de tratar os doentes, mas, também, de controlar todos os aspectos da vida dos indivíduos.

Ainda, de acordo com Lima (1985), o exercício da polícia médica se deu pela inspetoria das condições de saúde dos envolvidos com o ensino, o sanitarismo, surgiu pela prescrição a respeito da salubridade dos locais do ensino, e a puericultura, pela difusão de regras de viver para professores e alunos.

Nesse contexto de desenvolvimento da saúde escolar no mundo, remonta-se, ao século XX, quando a saúde começou a ser implementada no Brasil. Durante aquele século,

a saúde passou por significativos avanços em sintonias com a evolução técnico-científica, deslocando o discurso tradicional – de lógico biomédica-, para a concepção da estratégia Iniciativa Regional Escolas Promotoras de Saúde (IREPS), um discurso múltiplos olhares que surge no final da década de oitenta, como parte das mudanças conceituais e metodológicas que incorporam o conceito de promoção de saúde na saúde pública, estendendo-o ao entorno escolar.

O conceito de promoção da saúde estabelecido pelo IREPS, está contemplado na Carta de Ottawa, que dispõe tratar-se de um processo destinado a capacitar os indivíduos para exercerem um maior controle sobre sua saúde e sobre os fatores que podem afetá-la, reduzindo os fatores que resultam em risco e favorecendo os que são protetores e saudáveis. Além disso, tal concepção frisa a importância de proporcionar meios para que, ao longo da vida, a população se prepara para as diferentes etapas, conseguindo, assim, enfrentar as enfermidades e as lesões crônicas. Entretanto, isso somente será possível através das escolas, lares, lugares de trabalho e ambiente comunitário, no sentido que exista uma participação ativa por parte das organizações profissionais, comerciais e beneficentes, orientada tanto ao exterior com ao interior das próprias instituições.

Logo, pode-se afirmar que ao adotar a estratégia IREPS, a saúde escolar passa, necessariamente, por uma revisão de seu conceito e de sua prática higienista e assistencialista e, desta forma, tem a possibilidade de avançar e ampliar a sua concepção e práticas com uma visão integral e interdisciplinar do ser humano, dentro de um contexto, comunitário, ambiental e político mais amplo.

Nota-se um significativo avanço ao longo da história das políticas de saúde no âmbito escolar, principalmente, no que se refere ao Programa Saúde na Escola, estando condicionada aos interesses políticos e econômicos do país e que a articulação saúde e educação é direcionada pela influência culturalmente e histórica das imposições políticas e econômica.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE MENTAL NAS ESCOLAS

A saúde mental, no Brasil, passou a ser contemplada pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental e social para uma vida digna, para tanto, trata-se, de garantir um “estado de bem-estar no qual o indivíduo percebe as suas próprias habilidades, podendo lidar com as tensões normais da vida, trabalhar de forma produtiva e frutífera, sendo capaz de dar uma contribuição para sua comunidade” (Who, 2005). Ocorre que para ser atingido esse ideal, é preciso que a saúde mental seja contemplada desde a infância e adolescência, sendo esse período considerado crucial para as intervenções precoces, como para ações de prevenção de adoecimento psíquico.

Diante disso, a escola, além de desempenhar um papel mais abrangente do que o ensinamento de disciplinas, pode ser um dos grandes aliados tanto para ações de prevenção, como de promoção em saúde mental. Entretanto, no Brasil, as políticas públicas em saúde mental ainda constituem uma realidade distorcida, visto que a sua amplitude se restringe meramente a pessoas que tem condições socioeconômicas de custear o acompanhamento psicológico. Esta lacuna é particularmente notável nas escolas públicas, onde há maior ausência de projetos que visam o acolhimento e o atendimento sobre saúde mental e isto se dá em virtude da escassez de verbas para contratação de profissionais da saúde, como psicólogos, para atuarem no âmbito escolar, como pela falta de conhecimento e conscientização sobre a saúde mental que resulta no estigma social.

A saúde mental infantil passou por um longo percurso de descaso e marginalização e, portanto, a construção de estratégias destinadas a esse público configura-se com um desafio recente, principalmente, pelo alto índice de adoecimento psíquico de crianças. Segundo dados epidemiológicos brasileiros vêm alertando que 10 a 20% das crianças e adolescentes apresentam algum tipo de transtorno mental. Segundo a pesquisa de Vieira et al (2014), é possível notar que a Região Sudeste do Brasil, apresenta um número alarmante de crianças e adolescentes que precisam do atendimento e acolhimento psicológico no âmbito escolar, visto que a cada 8 alunos matriculados, um apresenta algum tipo de

dificuldade que justifica a necessidade de atendimento especializado na área de saúde mental. Além da alta prevalência, o impacto dos transtornos psiquiátricos na vida do indivíduo – aferido pelo índice de Incapacidade por Doença (Global Burden of Disease), é considerado o mais prejudicial entre todos os problemas médicos na população dos 10 aos 24 anos.

A situação do Brasil é particularmente alarmante se considerarmos a proporção continental do País e as enormes diferenças culturais e sociais existentes entre as suas regiões, pois segundo o relatório do “Estado Mental do Mundo” emitido em 2022, que indica que o Brasil se encontra com o 3º pior índice de saúde mental no mundo (Brasil, 2022). A pesquisa abrange áreas de todos os âmbitos da sociedade, entre elas a educação, expondo as condições mentais de estudantes e profissionais da educação.

As pesquisas demonstram que os problemas mentais no ambiente escolar têm tomado uma proporção preocupante, pois adolescentes e jovens, tanto do sexo feminino quanto do masculino, são afetados por transtornos mentais, o que resulta no baixo rendimento escolar. Os problemas psíquicos decorrem em grande parte por motivos de envolvimento com problemas legais, evasão escolar e dificuldades emocionais, como de se relacionar com outras pessoas (Souza; Fernandes; Martins, 2013).

Segundo Leonello e L’Abbate (2006), as práticas educativas em saúde mental no âmbito escolar tendem a reduzir-se a atividades preventivas, de cunho meramente informativo e coercitivo. Ainda neste ponto, pode-se dizer, que a escola é identificada como espaço no qual tradicionalmente são desenvolvidos programas orientados pela pedagogia tradicional. Logo, Políticas e programas com o objetivo de prestar assistência e abordar a saúde mental na escola ganharam espaço juntamente com a busca pela universalização dos sistemas de ensino (Valdão, 2004).

Em que pese as escolas não se sentem preparadas e responsáveis pela prática da promoção da saúde mental em seus ambientes, é inegável o seu papel em temas ligados à saúde por ser cenário propício para lidar com as questões que envolvem especialmente os alunos, inclusive em seu ambiente familiar e comunitário (Tavares; Rochas, 2006). Aos olhos

de Silva (1997), a escola poderá fornecer importantes elementos para capacitar o cidadão para uma vida saudável. Desse modo, Tavares e Rocha (2006), entendem a necessidade de estabelecer um espaço na escola onde seja suscitado o debate para maior compreensão da relação entre saúde e seus determinantes mais gerais, possibilitando processos de aprendizagem permanente para os envolvidos. Nota-se, assim, que as relações especiais com outros cenários, como a família, a comunidade e os serviços de saúde, devem ser identificadas com as condições sociais e os diferentes estilos de vida por meio de condutas simples e da participação de todos.

O tema de saúde mental nas escolas, recebeu notoriedade de diversos organismos internacionais, em especial, a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a UNESCO, o que confirma sua relevância em âmbito mundial. No Brasil, foi instituído em 2007 o Programa de Promoção da Saúde na Escola (PSE), e integra uma política de governo voltada à intersetorialidade que atende aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS): integralidade, equidade, universalidade, descentralização, e participação social. O PSE se propõe a ser um novo desenho da política de educação em saúde como parte de uma formação ampla para a cidadania e promove a articulação de saberes e a participação de alunos, pais, comunidade escolar e sociedade em geral ao tratar a saúde e educação de forma integral.

A fim de complementar o PSE, foi instituída em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB, Lei nº 9.349/1996, que visa a garantia da promoção da saúde mental no âmbito escolar, contemplando os aspectos cognitivos e socioemocionais. Entretanto, apesar desses avanços normativos, ainda existem barreiras que impedem a devida efetivação do acesso à saúde mental no âmbito escolar, seja pela falta de verba governamental ou pela escassez de profissionais que queiram atuar na esfera educacional pública.

Em detrimento das lacunas que afetam a promoção e a garantia efetiva no amparo à assistência psicológica na educação escolar, foi criada no ano de 2024, a Lei 14.819, que institui a Política Nacional de Atenção Psicossocial nas Comunidades Escolares. Trata-se de

um programa que visa a promoção, prevenção e atenção psicossocial no âmbito escolar. Entre os objetivos³ da Política estão a promoção da intersectorialidade entre os serviços educacionais, de saúde e de assistência social para a garantia da atenção psicossocial, a informação e sensibilização da sociedade sobre a importância de cuidados psicossociais na comunidade escolar e a promoção da formação continuada de gestores e de profissionais das áreas de educação, saúde e de assistência social no tema da saúde mental.

A execução da Política Nacional de Atenção Psicossocial nas Comunidades Escolares dar-se-á em articulação com o Programa Saúde na Escola (PSE), o modelo de assistência em saúde mental, o Sistema Único de Assistência Social e a rede de atenção psicossocial, e sua governança ficará a cargo dos Grupos de Trabalho Intersectoriais do PSE, que serão responsáveis pelo desenvolvimento das ações nos territórios, com a participação obrigatória de representantes da área da saúde e da comunidade escolar.

Portanto, a União deverá fomentar e promover ações para a execução dos objetivos e das diretrizes da lei, bem como para subsidiar as ações dos grupos de Trabalho Institucional do PSE, devendo priorizar territórios vulneráveis e com mais dificuldade para alcançar os objetivos da Lei 14.819/2024.

Esta lei apresenta um marco significativo na legislação brasileira, trazendo consigo potenciais impactos positivos. Os desafios são significativos, dado o contexto atual de disparidade entre políticas públicas e necessidades reais. A educação e a saúde mental das crianças e adolescentes são áreas que requerem uma abordagem integral e colaborativa,

³ Art. 2º São objetivos da Política Nacional de Atenção Psicossocial nas Comunidades Escolares:

I – promover a saúde mental da comunidade escolar;

II – garantir aos integrantes da comunidade escolar o acesso à atenção psicossocial;

III – promover a intersectorialidade entre os serviços educacionais, de saúde e de assistência social para a garantia da atenção psicossocial;

IV – informar e sensibilizar a sociedade sobre a importância de cuidados psicossociais na comunidade escolar;

V – promover a formação continuada de gestores e de profissionais das áreas de educação, de saúde e de assistência social no tema da saúde mental;

VI – promover atendimento, ações e palestras direcionadas à eliminação da violência; e

VII – divulgar informações cientificamente verificadas e esclarecer informações incorretas relativas à saúde mental.

envolvendo não apenas escolas e profissionais da educação, mas também famílias, comunidades e serviços de saúde.

3 CONCLUSÃO

As implementações de políticas públicas em saúde mental destinada à criança e adolescentes, iniciou-se, recentemente no Brasil, visto que, somente no início do século XX surgiram as primeiras instituições preocupadas com a saúde mental desse público, no âmbito escolar. Entretanto, as propostas do Estado no desenvolvimento de ações de promoção à saúde mental, tinham inicialmente caráter assistencial e pautavam-se em modelos institucionalizados e disciplinares. Somente mais tarde começou a ser implementado políticas que visavam o tratamento humanizado que consistia no princípio da proteção e acolhimento, na premissa das crianças e dos adolescentes, reconhecendo-os como sujeitos de direitos, estando amparadas na proposta do cuidado em liberdade.

Logo, há de se considerar que a atuação da promoção de saúde escolar – na perspectiva da supervisão à saúde, supera os limites desse grupo humano, ocupando-se também da família, do espaço físico escolar e dos profissionais que fazem a educação, numa perspectiva de assistir e capacitar os indivíduos para um modelo de vida cada vez mais saudável.

Contudo, fica perceptível no decorrer do trabalho, que as políticas públicas de atendimento e acolhimento em saúde mental no âmbito escolar ainda se trata de uma ficção normativa, isto porque, persiste a falta de capacitação do poder público aos profissionais da educação, bem como a escassez de verbas para adoção de estratégias de prevenção ao adoecimento psíquico na esfera educacional. A formação e a capacitação tanto de professores como de psicólogos para lidar com a temática de saúde mental é extremamente relevante, uma vez que esses profissionais acompanham longitudinalmente as crianças e adolescentes e, logo, o desenvolvimento psicossocial e cognitivo. Diante disso, defende-se que as escolas têm um importante papel a cumprir relativamente nas questões de saúde mental durante a infância.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 14.819, de 16 jan. 2024.** Institui a Política Nacional de Atenção Psicossocial nas Comunidades Escolares. Presidente da República: Brasília, 2024.

LIMA, Gerson Zanetta. **Saúde escolar e educação.** São Paulo: Cortez; 1985.

ROSEN, George. **Da polícia médica à medicina social:** ensaios sobre a história da assistência médica. Rio de Janeiro: Graal; 1979.

VIEIRA, Marlene A.; ESTANISLAU, Gustavo M.; BRESSAN, Rodrigo A.; BORDIN, Isabel A. **Saúde mental na escola:** o que os educadores devem saber. Porto Alegre: Artmed, 2014.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **European PACT for mental health and well-being:** EU high-level conference. Geneva: WHO, 2008. Disponível em: http://ec.europa.eu/health/ph_determinants/life_style/mental/docs/pact_t_en.pdf. Acesso em: 27 ago. 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Health Promotion Glossary.** Geneva: WHO, 1998.

REFORMA TRABALHISTA, ATUAÇÃO DA CATEGORIA METALÚRGICA DE JUIZ DE FORA E NOVAS PAUTAS PARA A DEMOCRACIA DO TRABALHO

Isadora Tavares Mantovani¹

Karen Artur²

Renata Oliveira Lucas³

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivos verificar possíveis efeitos da reforma trabalhista de 2017 e reações à mesma por parte da categoria representativa dos metalúrgicos em Juiz de Fora, bem como apontar outras limitações ao avanço de uma construção democrática das relações de trabalho no país, trazendo ao debate preocupações de gênero e de direitos que reforcem a participação sindical diante das mudanças tecnológicas.

O trabalho foi realizado por meio de levantamento de documentos informativos, convenções coletivas e acordos coletivos, ações judiciais, dentre outras informações complementares, do período de 2017 a 2023, obtidas junto ao sindicato e sua assessoria

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da UFJF. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa “Trabalho, Direito e Justiça”. Email: isadora.t.mantovani@hotmail.com CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8549594112686783>.

² Profa. Adjunta de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFJF. Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisa “TRADJUST”. Email: karen.artur@ufjf.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6014314141747645>.

³ Graduanda em Direito na Faculdade de Direito da UFJF. Bolsista de IC no projeto “O Direito do Trabalho entre o estatuto e o contrato: reformas e atuação da categoria metalúrgica de Juiz de Fora e região” -Edital UFJF PIBIC/VIC -Vigência: 2023– 2024”, coordenado pela Profa. Karen Artur. Email: renata_olucas@outlook.com. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0805340751593848>.

jurídica, bem como por meio de documentos legislativos, estudos da OIT, de entidades de representação internacional e de outros pesquisadores estrangeiros sobre a agenda de novos direitos.

Parte-se da hipótese de que a reforma trabalhista se afasta do quadro institucional necessário para a consolidação das dimensões de direitos fundamentais, os quais devem constituir um verdadeiro arranjo promotor do papel da representação dos trabalhadores, de modo a fortalecer a negociação coletiva; tornando possível a inclusão de direitos para grupos vulneráveis e guiando o uso das tecnologias de automação, controle algorítmico e de inteligência artificial também nos locais de trabalho.

Porém, há que se notar que essa questão se desenvolve em diferentes contextos políticos e que, também no Brasil, vive-se um cenário desafiador para as relações de trabalho, com a perda do poder estrutural, associativo e institucional dos sindicatos no Brasil (Colombi et al, 2022); e a necessidade de sua reinvenção às pressões econômicas pela fuga da regulação nas formas de trabalho. Com isso, para o desenvolvimento democrático da área trabalhista, há que se enfrentar a ampliação da governança privada do contrato em detrimento do status público. Tal governança pode levar à configuração de um ambiente de trabalho no qual os trabalhadores perdem sua face humana, sujeitando-se a condições abusivas e desprovidas de qualquer conexão com o imaginário social construídos em torno dos direitos (Supiot, 2017).

Além dessa introdução e das considerações finais, o presente trabalho contém duas partes. Na primeira, discute-se a necessidade de afirmação do status público das relações de trabalho e os desafios encontrados em diferentes contextos, incluindo no Brasil. Na segunda parte, apresentam-se as dimensões negocial e judicial da atuação da categoria metalúrgica de Juiz de Fora e discute-se a necessidade de inovações regulatórias.

2. PROBLEMAS DE UMA GOVERNANÇA PRIVADA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO FRENTE AOS NOVOS DESAFIOS DO MUNDO DO TRABALHO

O avanço do neoliberalismo no ocidente, enquanto resposta às demandas da globalização no final do século XX, alterou as relações de trabalho, tendo como consequência a precarização das condições de emprego, o aumento de relações informais de trabalho e a dessindicalização de trabalhadores. Ao observarem tal fenômeno, Dukes e Streeck (2023) o descrevem como um abandono do status público das relações de trabalho construído no último século, identificado, para além da legislação, como “cidadania industrial”.

Para compreender esse processo, os autores partem da premissa que, ao longo da história, foram atribuídos sentidos diferentes aos conceitos de contrato, status e justiça industrial, interferindo nas relações trabalhistas. Isso porque, o contrato representa a principal instituição do trabalho, a qual é interligada à estrutura social por meio do status (Dukes; Streeck, 2023, p.5).

A partir de uma revisão sobre a história dos Estados Unidos e Europa ocidental, os autores afirmam que, durante a passagem dos séculos XIX e XX, as relações sociais deixaram de ser condicionadas apenas pelo status, definidos antes pela categoria social dos indivíduos ou por lei, e foram lentamente transformadas em relações contratuais. No entanto, mais adiante, o status, enquanto um conjunto de direitos e deveres, passou a figurar-se como um limite à liberdade conferida às partes, sobretudo, para dirimir a diferença de poder entre elas na relação de trabalho. No século XX, durante o pós-guerra, esse status, segundo os autores, denominou-se cidadania industrial ou democracia industrial, a qual:

(...) involved recognition of the worker as a bearer of rights on the one hand and recognition of industry and the economy as spheres of public interest and democratic governance on the other. Like other kinds of status, it did not come to be determined by the parties involved but was, rather, public in nature. It was not merely social, like master and servant, but political, established in the democratic class struggle to regulate work

relations between capital and labour, the most important arena of conflict and cooperation in a capitalist society”. (Dukes; Streeck, 2023, p. 8).

Nesse contexto, o status da cidadania industrial proporcionou diminuição da desigualdade, segurança de emprego e de salário, além de favorecer, por meio dos sindicatos, as reivindicações dos trabalhadores sobre remuneração e condições de trabalho (Dukes; Streeck, 2023, p.9).

Entretanto, com a globalização no final do século XX, emergiu uma demanda por maior produtividade, lucratividade e corte de gastos a fim de atender à competitividade entre economias mundiais. Diante disso, Dukes e Streeck (2023) evidenciam o surgimento de uma pressão para ajuste das relações industriais para um modelo mais flexível em comparação às relações de trabalho do pós-guerra, por meio de uma redução do status. Por consequência, a natureza pública do status foi alterada:

Status had become, as it were, *privatized*: a matter of choice for human resource management rather than an external condition imposed upon employers and workers *as* employers and workers, through politics, collective bargaining and the law. (Dukes; Streeck, 2022, p. 59).

Devido à privatização do status, deixou de existir uma preocupação com o equilíbrio de forças entre empregado e empregador e com princípios de justiça. Desse modo, na perspectiva neoliberal, as relações na seara trabalhista deveriam controladas apenas pelas forças de mercado, sem a regulação de um status:

Neoliberalism privatizes, or re-privatizes, contractual relations that under the postwar settlement had become political and public. More precisely: the core of the neoliberal project, as sold to society, is the creation of a liberal era of contractual freedom, of contract without status, presented as a return to an ideal past that never in fact existed. It is a figment of political ideology in at least two respects: first, because contract is always and necessarily supplemented by status and, second, because contract without public status, amounting in effect to a modernized master–servant contract, is not a state of a nature but is instituted and enforced by economic power and political and legal means. (Dukes e Streeck, 2023, p. 70).

A contratualização das relações trabalhistas, acompanhada do processo de desindustrialização devido à globalização, resultou em um forte processo de dessindicalização dos trabalhadores e redução dos movimentos grevistas em diversos países, tais como França, Alemanha, Itália, Países Baixos, Suíça, Reino Unido e Estados Unidos (Dukes, Streeck, 2023, p. 76-78).

Com o enfraquecimento do poder sindical e sem a proteção legal ditada por um status público, houve uma precarização das condições de emprego associada a novas formas de trabalho, sob o fundamento de liberdade e flexibilidade de contratação.

Diante do cenário de precarização, Dukes e Streeck (2023) defendem que, ao contrário da tendência de contratualização das relações de trabalho em detrimento do escopo público das normas, é fundamental que o direito do trabalho assuma o compromisso de dar voz e ação à coletividade de trabalhadores, por meio do incentivo à negociações coletivas de modo que os trabalhadores sejam reconhecidos como sujeitos capazes de reivindicar direitos conforme suas necessidades, enquanto força normativa de desenvolvimento social (Dukes; Streeck, 2023, p. 132). Inclusive, essa renovação do status precisa ser mais inclusiva, dado que há grupos socialmente vulneráveis materialmente excluídos da participação e dos direitos (Dukes; Streeck, 2023, p. 133).

Brishen Rogers (2023), avançando em pesquisa empírica sobre os efeitos das tecnologias no ambiente do trabalho, no poder coletivo dos trabalhadores e no próprio papel do Direito do Trabalho, inicia seu livro argumentando que a pandemia de COVID-19 foi um importante marco ao evidenciar um emergente uso de tecnologias nas relações de emprego para seu controle excessivo. Nesse contexto, enquanto uma parte da população pôde usufruir de recursos digitais para continuar trabalhando dentro de suas casas em segurança, uma outra parcela da população, representada por trabalhadores não brancos e marginalizados, foi sujeita a trabalhos mais precários, com maior controle, e exposição ao vírus.

De acordo com o autor, a implementação de tecnologias no ambiente de trabalho remonta ao início da globalização, cujo objetivo recaía no aumento da produtividade e

redução de custos. Esse processo teve como resultado uma forte desindustrialização da economia, gerando um processo de deslocamento dos trabalhadores para o setor de serviços (Rogers, 2023, p. 30-31).

Ocorre que, devido à própria natureza desse setor, não foi mais possível repetir as formas de relação de trabalho travadas no pluralismo industrial, quando a sindicalização e a participação dos trabalhadores no local de trabalho proporcionaram “um ciclo virtuoso de pleno emprego, estabilidade de preços, crescimento econômico e maior igualdade” (Rogers, 2023, p. 42). Isso porque, no setor de serviços, há uma dificuldade de se aumentar a produtividade devido à produção descentralizada e custosa (Rogers, 2023, p. 32).

Diante disso, o autor argumenta que, amparado numa ideologia neoliberal de contratualização das relações de trabalho, liberdade de contratação e dessindicalização, novas formas de trabalho precárias foram introduzidas. Simultaneamente, introduziu-se no ambiente de trabalho novas tecnologias para reorganizar e aumentar a produção, assim como controlar trabalhadores.

Esse cenário é identificado por Rogers (2023) como “taylorismo digital”, no qual há uma segmentação da cadeia produtiva em pequenas tarefas repetitivas, demandando menor capacidade técnica dos trabalhadores e salários mais baixos, associada ao monitoramento da prestação de serviço e ao gerenciamento de algoritmos. As decisões automatizadas por esses sistemas algorítmicos permitem a distribuição de tarefas e das escalas de trabalho, bem como controle da produtividade do trabalhador (Rogers, 2023, p.74)

No entanto, o que se observa, na realidade, corresponde ao extrapolamento do poder diretivo, na medida em que as tecnologias têm sido utilizadas para coleta de dados dos trabalhadores para monitorá-los excessivamente, evitar que não recebam remuneração adequada e suprimir o poder de associação (Rogers, 2023, p. 80).

Em que pese essa conjuntura que dificulta o poder de trabalhadores, Rogers (2023) defende que, no contexto dos Estados Unidos, o Congresso tem papel fundamental na autodeterminação dos trabalhadores, devendo garantir meios para fomentar a

sindicalização local, negociação coletiva setorizada ou “negociação social”. Além disso, também seria imprescindível assegurar a participação dos trabalhadores na implementação de tecnologias de monitoramento, negociar limites de seu uso e também o acesso dos trabalhadores aos dados coletados. Desse modo, esse conjunto de propostas poderia auxiliar na redistribuição do poder sobre o gerenciamento de dados, conferindo novamente aos trabalhadores voz no ambiente de trabalho.

Na Europa, por pressão de entidades representativas de trabalhadores, o Ato de Inteligência Artificial da União Europeia trouxe alguns avanços para os trabalhadores, conforme reconhecidos pela ETUC (European Trade Union Confederation), relativos à classificação das aplicações da IA no local de trabalho como sendo de alto risco, estipulação de direitos de transparência para que representantes de trabalhadores sejam informados sobre a implantação de sistemas de IA no local de trabalho e abertura para melhoria regulatória nos países membros. No entanto, a entidade citada afirma que é necessária uma Diretiva sobre os sistemas algorítmicos no local de trabalho, que sustente “o princípio do humano no controle e empodere sindicatos e representantes dos trabalhadores para influenciarem as decisões de implementação de IA” (ETUC, 2023).

Assim, embora também tenha sido publicada uma Diretiva sobre melhorias nas condições de trabalho nas plataformas digitais, seus direcionamentos devem ser ampliados a todos os trabalhadores, levando-se em consideração não apenas o direito à transparência, mas à não discriminação, à saúde e, principalmente, o desequilíbrio no poder de negociação diante do compilamento de dados por parte das empresas.

O Brasil, atualmente, encontra-se distante da discussão sobre o empoderamento, via direitos, das representações coletivas de trabalhadores face às mudanças introduzidas e a serem implementadas com as novas tecnologias, estando os projetos de lei sobre automação e sobre IA, bem como os estudos sobre a reforma sindical, sem maiores conduções sobre na área trabalhista. Por sua vez, os estudos sobre a utilização da LGPD na ótica coletiva ainda são insuficientes.

Por sua vez, com a reforma trabalhista de 2017, ampliou-se o leque de contratações precárias e estruturou-se um arranjo institucional enfraquecedor do poder de sindicatos (Krein, 2019). Tais mudanças foram acompanhadas por decisões favoráveis do STF, em um processo denominado por Paixão (2018) de desconstituinte, ou seja, de destruição da Constituição de 1988 e de afronta ao valor social do trabalho.

Em uma síntese, tais decisões, dentre outras: a) possibilitaram a ampliação da terceirização para atividades-fim, o que tem servido de parâmetro para impedir a análise de fraudes em outros tipos de contratos pela Justiça de Trabalho; b) impossibilitaram a ultratividade dos efeitos das negociações coletivas, conferindo desmedido poder aos empregadores na mesa de negociação; c) estimularam a prevalência do negociado sobre legislado em um modelo menos fomentador de melhoria nas condições de trabalho; d) demoraram muito a sinalizar a constitucionalidade das contribuições assistenciais decididas em assembleias, impondo, durante anos, uma concepção individualista de liberdade sindical (Grillo, Artur, Pessanha, 2023).

Já no atual governo Lula, as empresas têm resistido à adoção da Lei 14.611/2023 e demais decretos e portarias correspondentes, que estabeleceu medidas para: “estabelecimento da equiparação salarial entre homens e mulheres que desempenham funções equivalentes; obrigatoriedade de divulgação de dados salariais por CNPJ, visando a transparência e a possibilidade de verificação por parte dos interessados; notificação das empresas em casos de diferenças salariais, com prazo para a elaboração de um Plano de Mitigação de Diferenças Salariais com participação da entidade de classe; ação de fiscalização para verificar a diminuição das desigualdades salariais e a explicitação das políticas adotadas pelas empresas”.

Por sua vez, em uma estratégia de urgência duvidosa, dada a complexidade do problema, foi apresentado o Projeto de Lei 12/2024, que “dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículos automotores de quatro rodas e estabelece mecanismos de inclusão previdenciária e outros direitos para melhoria das condições de

trabalho”, o qual afasta a natureza empregatícia dessas relações, embora destaque alguns poucos direitos, dentre eles o de negociação coletiva.

3. EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE A CATEGORIA METALÚRGICA DE JUIZ DE FORA E APONTAMENTOS PARA BALANÇOS DE PODER

Os efeitos da reforma trabalhista de 2017 fizeram-se sentir em todas as categorias dos trabalhadores brasileiros, mas, certamente, com nuances.

Em relação à atuação negocial, os sindicatos dos metalúrgicos no Brasil têm tradição nas lutas históricas pela democratização e por direitos. Em Juiz de Fora, o sindicato (STIM) está filiado à CUT. Seu atual presidente é metalúrgico há 38 anos, estando na gestão sindical, em diferentes cargos, desde a década de 90. Segundo ele, dos 10 mil trabalhadores da categoria, 3 mil são filiados.

Comparativamente, considerando outras categorias menos organizadas, a Convenção Coletiva repete-se, em grande parte, ao longo do tempo⁴, e expressa conquistas anteriores às legislativas, a exemplo do aviso prévio proporcional, definido em lei em 2011, e que já se encontraria em negociação coletiva desde 1996, conforme informação prestada no sindicato.

A pesquisa restringiu-se às convenções coletivas negociadas entre o sindicato dos trabalhadores nas indústrias metalúrgicas, mecânicas, de material elétrico, siderurgia e fundição, montadoras de veículos, auto peças, reparação de veículos e acessórios de Juiz de Fora -MG e sindicato das indústrias metalúrgicas, mecânicas e do material elétrico de Juiz de Fora -MG, no período de 2009 a 2023.

Desde a mais antiga convenção analisada (2009-2010) até a atual (2022-2023), a categoria sustenta diversos benefícios como ticket alimentação, cesta básica, auxílio

⁴ Analisamos os documentos contidos na página da categoria, desde 2009, para a afirmação. Para acessar as convenções, utilizamos as disponíveis na página da categoria. Ver: <https://www.stimjf.com/convencoes>. Nele estão disponíveis as convenções de 2017 até a presente data. Para as anteriores, utilizamos do sistema mediador.

educação, auxílio funeral, auxílio creche, complementação de auxílio-doença, seguro de vida e lanche.

Outra vantagem revela-se em adicionais de horas extras e adicional noturno. Até a convenção coletiva de 2020-2021, os trabalhadores de empresas com menos de cem trabalhadores receberiam 50% de adicional de horas extras quando trabalhadas entre segunda e sábado e 110%, se trabalhadas aos domingos. Já no caso de empresas com mais de cem trabalhadores, os valores seriam 60% e 130%, respectivamente. A partir de 2021-2022, os trabalhadores passaram a receber, independentemente do tamanho da empresa, 55% quando a hora extra ocorre entre segunda e sábado, 105% aos domingos e 130% se trabalhada em dia de folga. No que diz respeito ao adicional noturno, todas as convenções mantiveram o valor de 24%.

A categoria também possui cláusula, desde 2009, destinada às gestantes, assegurando a dispensa da mulher 30 minutos antes do fim da jornada sem perda de remuneração desde o sétimo mês de gestação.

Importante ressaltar que a terceirização é mencionada em uma cláusula aberta, desde 2009, recomendando o aproveitamento de empregados que já ocupavam os cargos anteriormente. Já o banco de horas também é permitido desde o ano citado, mas apenas por meio de acordo coletivo, sendo vedado o acordo individual ou jornada flexível.

Para além disso, ao longo do tempo, as convenções coletivas não apresentaram grandes mudanças ou inclusão de temas emergentes após a reforma trabalhista, tais como jornada 12X36, teletrabalho, horas *in itinere*, redução do intervalo intrajornada, contrato intermitente. No entanto, a única exceção diz respeito ao trabalho em dias de folga e feriados, que foi permitido desde a convenção de 2018-2019.

O material informativo do STIM é publicado no site desde 2017. Nele, encontram-se notícias críticas de pontos da reforma; anúncios de campanhas salariais e de PLR; resultados de processos judiciais de interesse da categoria; notas sobre a importância das lutas dos direitos das mulheres, dos trabalhadores negros, dos trabalhadores LBTQIA+; denúncias de

condições ruins de trabalho causadoras de acidentes e de desrespeito a direitos nas empresas terceirizadas.

Uma questão que se acirra com os desdobramentos da reforma e que preocupa o sindicato é o enfraquecimento do poder de negociação causado pela terceirização e as dificuldades de representação desses trabalhadores.

Em um material informativo, isso se expressa, centralmente, com as condições de trabalho nas terceirizadas: “Já entramos com um processo e a perícia já detectou condições de alto risco e insalubres na empresa PH. Porém, um sindicato de Belo Horizonte apareceu e atravessou a relação, paralisando todo o processo”⁵.

Outra questão de preocupação é da obrigatoriedade da participação do sindicato nas homologações de rescisões contratuais. A obrigatoriedade foi conquistada por meio de convenção coletiva, o que pode ser visto como um avanço em relação à reforma trabalhista, que afastava tal obrigatoriedade. Em ao menos um informativo há denúncia de que as empresas estariam fazendo rescisões de trabalho sem a participação dos sindicatos.

Um avanço em relação à reforma trabalhista, em seu mote individualização da contratação da jornada, é a afirmação da necessidade de formalização de instrumentos coletivos via sindicato em questões vinculadas à jornada – banco de horas, feriados, jornada 12x36, etc.

Como a reforma trabalhista estabeleceu a prevalência dos acordos coletivos sobre as convenções coletivas, partiu-se para a análise de acordos coletivos estabelecidos entre 2017 e 2023. Em geral, os demais acordos levantados pelo Dieese para nosso estudo referem-se a temas relacionados a feriados. Por isso, concentramos nossos esforços nos acordos estabelecidos com a Mercedes-Benz, entre 2017 e 2023⁶.

Entre o período de 2017 a 2020, os acordos limitam-se a manter regras do banco de horas e de controle da jornada por meio do ponto eletrônico alternativo. Além disso, o

⁵ STIM. *INFORMATIVO DO METALÚRGICO* N. 36. Juiz de Fora, maio de 2021, p. 3.

⁶ Agradecemos ao DIEESE pelo envio dos acordos coletivos da categoria.

instrumento foi utilizado para a atualização do cálculo da PLR, reajuste salarial e a manutenção de auxílios históricos da categoria.

A maior parte dos acordos pactuados no período de 2020 a 2022 dizem respeito às medidas provocadas pela pandemia: redução de jornada e de salário, auxílio emergencial e suspensão temporária do contrato de trabalho. Basicamente, os acordos implementavam as determinações impostas pela legislação vigente durante a pandemia, sem inovações.

Para além da pandemia, foram abordados também os seguintes temas nos demais acordos: contratação de novos empregados temporários para demandas específicas, a suspensão de contratos de trabalho em épocas de crises financeiras internas, reajustes salariais, regras de horas extras e banco de horas, homologação pelo sindicato da rescisão contratual, regras para contrato de aprendizagem, dentre outros.

Pode-se concluir que os acordos não inovam no que já vinha sendo tratado em convenções coletivas. A preocupação, aparentemente, foi especificar algumas regras internas e também cuidar das questões emergenciais diante da pandemia. Deste modo, não foi possível observar abordagem de temas mais atuais das relações de trabalho, relativos, por exemplo, a avanços nas questões de gênero, participação na adoção de novas tecnologias, e mesmo ao já adotado teletrabalho⁷.

Por outro lado, o sindicato logrou negociar coletivamente questões relativas à compensação de jornada e manter-se presente nas homologações de rescisões contratuais.

Em relação às ações judiciais, foram destacadas pelo sindicato aquelas anteriores à reforma, as quais centram-se em dois temas: pagamento de adicionais de periculosidade e insalubridade; b) jornada de trabalho.

Quanto ao primeiro tema, o sindicato destaca o grande impacto econômico da ação ATOrd_0089900-37.2006.5.03.0143, promovida, desde 2006, contra a ArcelorMittal, resultando em acordo celebrado, em 2019, de um total de R\$ 65.223.689,80 a 620

⁷ Para comparações, ver os resultados de outras pesquisas sobre negociação coletiva e gênero (Leite et al, 2024); e, também, sobre teletrabalho, em Grillo e Soares (2023); Artur e Marcelino (2022) e Artur e Pessôa (2022).

empregados, o qual foi amplamente divulgado na mídia⁸. Infelizmente, não foi possível acessar o conteúdo da ação pelo projeto., pois no PJE consta somente a comprovação do pagamento do acordo realizado nos autos físicos, não havendo qualquer menção ao que foi acordado em si.

Em relação ao segundo tema, destacam as ações a seguir:

Na ACPCiv_0000753-53.2013.5.03.0143, promovida contra a NEXA RECURSOS MINERAIS S.A. (antiga VOTORANTIM METAIS ZINCO S.A.), em 2013, discutiu-se a prorrogação do horário noturno e o pagamento do adicional noturno devido nesses casos aos 281 trabalhadores representados pelo sindicato na ação. A jornada de trabalho noturno é aquela realizada entre às 22h de um dia e às 5h da manhã do dia seguinte. Contudo, quando a jornada se estende (ou seja, se prorroga) das 5h até às 7h da manhã, esse período prorrogado deve ser pago como hora extra, incidindo nela também o adicional noturno (acréscimo de até 20% no valor pago pela hora trabalhada).

O sindicato pedia, no processo, o pagamento dessas diferenças do adicional noturno que não era pago sobre o período de 5h às 7h da manhã. Num primeiro momento, o pedido foi negado pelo juiz na sentença, mas no Tribunal a sentença foi reformada, a pedido do Ministério Público do Trabalho, e o pedido julgado procedente. A partir daí, a empresa seguiu recorrendo no TST para tentar reverter a decisão, mas não obteve sucesso, tendo recebido, inclusive, uma multa pela insistência descabida. Terminada a fase de recursos, foi apurado o valor total devido (R\$349.004,26), tendo sido pago pela empresa. Atualmente, o processo está em fase final de discussão e pagamento dos valores de INSS e FGTS a serem recolhidos pela empresa. O sindicato fundamentou seu pedido de pagamento do adicional noturno sobre o período de prorrogação a partir do artigo 73, §5º, da CLT e da Súmula 60 do TST.

⁸ Ver: G1. ArcelorMittal e Sindicato dos Metalúrgicos de Juiz de Fora fazem acordo de mais de R\$ 65 milhões. G1. 31 de julho de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/zona-da-mata/noticia/2019/07/31/arcelormittal-e-sindicato-dos-metalurgicos-de-juiz-de-fora-fazem-acordo-de-mais-de-r-65-milhoes.ghtml>. Acesso em 29 març. 2024.

Na ACPCiv_0133700-14.2007.5.03.0036, também promovida contra a Nexa, discutiu-se a supressão ilegal do “adicional adaptação turno fixo diurno” dos salários do pessoal fixo diurno, bem como que os empregados do turno noturno, que também laboram em turno fixo, e foram excluídos da vantagem, o que constitui discriminação.

Melhor explicando, a empresa sempre funcionou em turnos ininterruptos de revezamento, até que, em setembro de 2006, a empresa alterou o sistema de turnos ininterruptos de revezamento e instituiu turnos fixos (7 às 15h, 15 às 23h e 23 às 7h). Portanto, apenas uma das turmas passou a trabalhar em horário exclusivamente noturno (23 às 7h). Com a alteração do regime, a empresa passou a pagar aos empregados dos turnos das 7 às 15h e das 15 às 23h uma parcela chamada “adaptação turno fixo diurno”, correspondente à perda salarial de cada empregado, decorrente da exclusão (7 às 15h) ou da redução do adicional noturno (15h às 23h).

Assim, a parcela foi instituída, pela empresa, em setembro de 2006, e, segundo a mesma, duraria 1 ano. O sindicato alega que a parcela foi incorporada aos salários e não poderia ser suprimida, requerendo o restabelecimento da vantagem para o pessoal do turno diurno, bem como a extensão, *ex tunc*, da vantagem aos empregados do turno da noite. Já a empresa alega que se trata de uma parcela criada por liberalidade da empresa e que não geraria esse efeito.

O juiz entendeu que o prazo de 1 ano estabelecido pela empresa era válido e que não deveria haver incorporação ao salário, mas condenou a empresa a pagar os reflexos decorrentes das parcelas que foram pagas ao longo desse um ano, porque, ao contrário do que defendia a empresa, a parcela era salarial e não indenizatória. Em relação aos trabalhadores que ficaram exclusivamente no turno noturno e que por isso foram excluídos do benefício, o juiz deferiu o pagamento do benefício a eles também, por isonomia em relação aos demais trabalhadores. No Tribunal, foi dado provimento parcial apenas ao recurso da empresa e foi excluído da condenação o adicional adaptação turno fixo diurno para os empregados do turno noturno. No TST, não houve modificações pois os recursos de

revista foram denegados. A execução ficou em aproximadamente 175 mil reais, que foram pagos pela empresa e, em seguida, encerrado o processo.

O sindicato fundamentou seu pedido no art. 468 da CLT e no princípio da irredutibilidade salarial. Já a empresa alegou que a adoção da parcela era benéfica aos trabalhadores e se inseria no *jus variandi* (liberalidade) do empregador. O juiz defendeu a interpretação restritiva de regulamentos internos do empregador, e que por isso o prazo estabelecido poderia ser respeitado. Mas, para estender a vantagem aos trabalhadores exclusivamente noturnos, defendeu o princípio constitucional da isonomia. No acórdão, o Tribunal concordou com a empresa quanto ao fato de que os empregados do turno exclusivo da noite não fazem jus ao adicional porque a parcela foi concedida para propiciar a organização financeira daqueles empregados que teriam o adicional noturno extirpado ou reduzido.

Na ATOrd_0000963-11.2011.5.03.0035, promovida, em 2011 contra a empresa Arcelor, discute-se a caracterização ou não de “tempo à disposição do empregador” os minutos residuais em que os empregados da empresa trocam uniforme, fazem lanche, ginástica, passagem do serviço etc. (antes e ao final da jornada). O sindicato requereu a condenação da Reclamada à obrigação de fazer de computar e remunerar como jornada extraordinária os minutos que antecedem e sucedem a jornada normal, além da condenação pecuniária de pagamento de horas extras, em razão do horário excedente na entrada e saída do serviço, (em média 40 minutos diários).

O juiz condenou a empresa à obrigação de computar na jornada esses minutos residuais antecedentes e subsequentes, bem como a pagá-los como horas extras. O Tribunal deu provimento parcial apenas ao recurso da ré para limitar a condenação ao pagamento dos minutos residuais aos eventos em que as variações de horário no registro de ponto excederam os cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. A discussão não avançou no TST. A execução foi conturbada e, por fim, determinou-se a distribuição de ações de cumprimento individuais para cada trabalhador substituído, para facilitar a liquidação. Por isso, a presente ação foi sobrestada.

O sindicato fundamentou seu pedido com base no entendimento jurisprudencial da Justiça do Trabalho, nos arts. 4º e 58 da CLT e na súmula 366 do TST, no sentido de que os períodos anotados no cartão de ponto são considerados tempo à disposição do empregador, uma vez que o empregado já está nas dependências da empresa e submetido ao poder diretivo do empregador, sendo irrelevante quais atividades ele esteja desempenhando nesses períodos. Já a empresa se apoia em entendimento jurisprudencial que dá enfoque ao tipo de atividade que está sendo exercida, e sendo atividades como troca de roupa, lanche etc., não seria tempo à disposição. O juiz seguiu a argumentação do sindicato, e o Tribunal, ao limitar a condenação dos minutos residuais, o fez com base no art. 58, §1º da CLT e na súmula 366 do TST.

Na ATOrd_0089900-37.2006.5.03.0143, movida contra a Arcelor Mital Brasil S.A. em 2006, discute-se o respeito ou não há redução ficta da hora noturna. O artigo 73 da CLT regula a jornada de trabalho noturna, e prevê: que os turnos entre 22h e 5h da manhã entram na categoria de hora noturna; que é obrigatório o acréscimo de 20% sobre o valor da hora diurna; e que a hora noturna tem duração de 52 minutos e 30 segundos. Isso significa que quem trabalha à noite recebe um valor superior pela hora trabalhada. Uma jornada de trabalho comum considera 60 minutos para a hora trabalhada, mas a CLT define que a hora noturna tem duração de 52 minutos e 30 segundos (ou seja, há uma redução ficta). Com essa redução, o tempo total da jornada no período da noite é de 7 horas por dia, e não de 8 horas, como acontece no horário diurno.

Nesse sentido, o sindicato pretendia a condenação da empresa ao pagamento das horas extras decorrentes da redução ficta da hora noturna, que não era observada pela empresa até setembro de 2006, buscando que fosse considerado como noturno o período trabalhado entre 22h e 7h (prorrogação da hora noturna). A empresa alegava que, com o sistema de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, não haveria de se falar em redução da hora noturna e que não houve trabalho em prorrogação à jornada noturna, mas tão somente o cumprimento do turno de trabalho.

Ficou incontroverso que até setembro de 2006 a empresa não considerou a hora noturna reduzida. Com isso, o juiz entendeu que restou muito claramente violada a disposição celetista quanto à redução (art. 73, §1º, da CLT). Assim, condenou a empresa ao pagamento, até setembro de 2006, das horas extras decorrentes da redução ficta da hora noturna, assim consideradas aquelas das 22h às 05h (ou seja, não entendeu pela prorrogação da jornada noturna até 7h). A partir de setembro de 2006, o juiz pontuou que o próprio sindicato reconhece que a parcela passou a ser paga, mas concordou com o sindicato no tocante à criação de uma rubrica específica nos contracheques (de modo a possibilitar a conferência), e não em rubrica única englobada no adicional noturno, como vinha sendo feito. Condenou a empresa a criar essa rubrica, portanto.

O Tribunal deu provimento parcial ao recurso da ré para excluir essa determinação de criar rubrica específica, pois não entendeu como necessário. Deu provimento parcial ao recurso do sindicato para incluir na condenação as horas trabalhadas após as 5h em sequência a jornada em período noturno, bem como condenou a empresa a aplicar a redução ficta da hora noturna sobre as horas diurnas em prorrogação a jornada noturna para fins de pagamento das horas extras. Iniciada a execução, houve muitos problemas quanto à apresentação de documentação, à designação de perito contábil (houve muitos pedidos de destituição) e à elaboração dos cálculos. Os cálculos das partes estavam divergindo muito (2 milhões da empresa contra 10 milhões do sindicato). Por fim, foi celebrado acordo de cerca de 5 milhões de reais, e está em fase de pagamento.

O sindicato fundamentou seu pedido de pagamento do adicional noturno sobre o período de prorrogação a partir do artigo 73, §5º, da CLT e da Súmula 60 do TST. Na sentença, o juiz concordou com os fundamentos do sindicato, além de citar a OJ 395 da SDI1 do TST. O tribunal usou os mesmos dispositivos para fundamentação.

A atuação judicial dos sindicatos traz um longo histórico de descumprimento de direitos básicos sobre jornada pelas empresas envolvidas. Mostra, também, que essa atuação se deu, estrategicamente, com base nas súmulas do TST, que figuraram como verdadeiros guias para as ações. Para os metalúrgicos estudados, o tema da jornada parece

ser central e não comportar acordos individuais ou desrespeitos ao que for estabelecido em lei e súmulas. Vale lembrar, contudo, que as ações são anteriores à reforma, a qual buscou atacar a jurisprudência do TST em diferentes frentes e promover a prevalência do negociado sobre o legislado numa sistemática que difere dos sentidos constitucionais e da OIT de progressividade dos direitos.

Ao contrário desse papel regressivo permitido pela reforma trabalhista, a Organização Internacional do Trabalho tem exercido um papel fundamental no incentivo às negociações coletivas como ferramentas para a efetivação do trabalho decente, o qual entende-se por aquele adequadamente remunerado, exercido em condições de igualdade e segurança. Nesse sentido, dentre os objetos de negociação coletiva que expressam demandas emergentes na atualidade, podem ser mencionados a igualdade de gênero, jornada de trabalho e o uso de novas tecnologias no ambiente de trabalho.

Conforme aponta discussão promovida pela OIT (Pillinger, Schmidt, Wintour 2016), ainda que a negociação coletiva não seja capaz de extinguir a desigualdade de gênero por si só, a inclusão de temas direcionados podem contribuir para a sua redução, como observa-se em cláusulas sobre: (1) igualdade de pagamento entre homens e mulheres e transparência de salários, (2) licenças à maternidade e paternidade adequadas, (3) jornada de trabalho flexíveis para pais e mães, (4) política de prevenção e combate à violência doméstica e assédio moral. Além disso, também é importante mencionar as demandas internacionais do trabalho doméstico - que é exercido em sua maioria por mulheres - de reconhecimento do vínculo de emprego e estabelecimento de condições e direitos mínimos de trabalho, seja por legislação ou por negociações coletivas. Outro ponto importante no combate à desigualdade de gênero revela-se na inclusão de mulheres em posições de liderança nos próprios sindicatos e nas empresas.

No que tange à jornada de trabalho decente, a negociação coletiva pode ser um meio de promover saúde e segurança, equilíbrio entre trabalho e vida, equidade de gênero, aumento da produtividade das empresas e poder de escolha ou de influência aos trabalhadores sobre as jornadas que irão trabalhar (Hadwiger e Schmidt, 2019). Importante

destacar que a negociação coletiva, nos parâmetros da OIT, sobre limites de jornada, trabalho noturno, intervalos inter e intrajornada, etc. precisa ser vista como um meio de especificar e promover melhores condições relativas a um padrão mínimo estabelecido por lei (Hadwiger e Schmidt, 2019, p.3)

Como mencionado anteriormente, a introdução de novas tecnologias no ambiente de trabalho tem gerado insegurança não apenas sobre possíveis despedidas em massa, mas também sobre os limites de seu uso e sobre a violação da vida privada dos trabalhadores. Diante disso, a OIT tem ressaltado a importância da negociação coletiva para minimizar os efeitos por meio da adoção de estratégias de treinamento, transferências, trabalho parcial, etc (De Stefano, 2018. p. 28).

Além disso, quanto aos trabalhadores sujeitos às tecnologias, o receio revela-se no excesso do poder diretivo por meio de monitoramento dos trabalhadores para além da análise de performance, alcançando a esfera privada de suas vidas, dentre outros desrespeitos a direitos fundamentais. Dentre as tecnologias utilizadas, o estudo da OIT (2018, p. 15-16) evidencia a “*Electronic Performance Monitoring (EPM)*” e o uso de Inteligência Artificial. A primeira é caracterizada pelo monitoramento de telefones, e-mail, histórico de pesquisa, localização via GPS, enquanto a IA pode captar e fornecer dados sobre a prestação de trabalho, como também sobre informações da vida pessoal por meio de redes sociais e internet, podendo induzir ou tomar decisões prejudiciais e discriminatórias com base em padrões por ela gerados. Nesse contexto, as negociações coletivas podem permitir uma participação dos trabalhadores na adoção dessas tecnologias, garantindo transparência sobre a coleta e uso dos dados e proteção da dignidade, saúde e segurança dos trabalhadores (De Stefano, 2018, p. 30-31).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de um saldo positivo na atuação da categoria estudada em termos de resistências negociais e de acionamento do Poder Judiciário, não se pode minorar os

constrangimentos institucionais da reforma trabalhista expostos na contratação de terceirizados em condições de trabalho ruins e da necessidade de esforços para manter a homologação das rescisões no sindicato, além das invisibilizações advindas de um arranjo desestimulador de novos direitos, de modo que os instrumentos não lograram superar ausência de novos temas, a exemplo de conciliação vida social e profissional; assédio moral e sexual; direitos relativos à adoção de novas tecnologias, dentre outros.

Assim, aponta-se a necessidade de arranjos institucionais sejam estimuladores de novas conquistas coletivas face às atuais demandas sociais do mundo do trabalho. Para tanto, legislações que colaborem no balanço de poder entre capital e trabalho são vitais para vivamos uma democracia que permita inovações, mas com justiça social.

REFERÊNCIAS

ARTUR, Karen; MARCELINO, Amanda Carrara. Teletrabalho na pandemia: uma análise de instrumentos coletivos em SP e RJ levantados pelo Dieese no Sistema Mediador. In PARANHOS, Monica; RODRIGUES, Maria Cristina e PESSANHA, Elina (orgs). **Dieese - Instituição da classe trabalhadora**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 171-186.

ARTUR, Karen; PESSÔA, Júlia Oliveira, Teletrabalho em tempos de pandemia: uma análise de acordos coletivos trabalhistas na região de Minas Gerais. In RODRIGUES, Maria Cristina; BARROSO, Márcia e PESSANHA, Elina (orgs). **Trabalho em tempos de crise: desafios e perspectivas da luta por direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 121-142.

COLOMBI, Ana Paula Fregnani et al. **Panorama do sindicalismo no Brasil 2015-2021**. São Paulo: Caracol Design & Conteúdo, 2022.

DE STEFANO, Valerio. Negotiating the algorithm: automation. Artificial intelligence and labour protection. **Working paper N. 246**. Geneva: ILO, 2018. Disponível em: <https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/working-papers>. Acesso em 30 abr. 2024.

DUKES, Ruth; STREECK, Wolfgang. **Democracy at work: Contract, Status and Post-Industrial Justice**. Cambridge: Polity Press, 2023.

ETUC. **AI Act sets stage for Directive on AI systems in the workplace**. 09 de dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.etuc.org/en/pressrelease/ai-act-sets-stage-directive-ai-systems-workplace>. Acesso em 30 abr. 2024.

GRILLO, Sayonara.; ARTUR, Karen; PESSANHA, Elina Gonçalves da Fonte. Direito do Trabalho e Supremo Tribunal Federal: embates entre a regulação jurídica de mercado e a justiça social. **Revista de Direito do Consumidor**, v.147, p.195 - 224, 2023.

GRILLO, Sayonara; SOARES, José Luiz. Trabalho remoto e direito: mapeando a produção normativa em pandemia. **Revista Direito e Práxis**, Vol 15:03, Rio de Janeiro, p.1-28, 2023.

HADWIGER, Felix and SCHMIDT, Verena. Negotiating for decent working time – a review of practice. **Issue Brief series-labour relations & collective bargaining**: No. 5. Geneva: ILO, 2019. Disponível em: <https://www.ilo.org/topics/collective-bargaining-and-labour-relations>. Acesso em 30 abr. 2024.

KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (orgs.) **Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade**. Campinas: REMIR/Curt Nimuendajú, 2019.

LEITE, Marcia de Paula (et al). Reforma trabalhista, pandemia e implicações sobre as mulheres. **Revista Sociologia & Antropologia**. Vol: 14:01, Rio de Janeiro, p. 1-33, 2024.

PAIXÃO, Cristiano. 30 anos: Crise e Futuro da Constituição de 1988. **ANPT**. 04 de maio de 2018. Disponível em: <http://www.anpt.org.br/imprensa/26-anpt/artigos/3311-30-anos- crise-e-futuro-da-constituicao-de-1988>. Acesso em 16 fev 2023.

PILLINGER, Jane; SCHMIDT, Verena; WINTOUR, Nora. Negotiating for gender equality. **Issue Brief series-labour relations & collective bargaining**. Issue Brief N.4 Geneva: ILO, 2016. Disponível em: <https://www.ilo.org/topics/collective-bargaining-and-labour-relations>. Acesso em 30 abr. 2024.

ROGERS, Brishen. **Data and Democracy at Work: Advanced Information Technologies, Labor Law, and the New Working Class**. Cambridge, MA: MIT Press, 2023. Disponível em: <https://mitpress.mit.edu/9780262545136/data-and-democracy-at-work/>.

SUPIOT, Alain. SUPIOT, Alain. **Governance by numbers: the making of a legal model of allegiance**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2017.

A ALIMENTAÇÃO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL: PENSAR O RECONHECIMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹

Gabriel Ferreira Smarzaro²
Tauã Lima Verdan Rangel³

RESUMO

O escopo do presente está assentado em analisar a alimentação enquanto direito fundamental, à luz da compreensão da dignidade da pessoa humana. Como é cediço, o processo histórico de construção, afirmação e concretização dos direitos humanos se confunde com a própria história evolutiva da sociedade, de modo geral. Neste passo, em termos analíticos, em que pese o teor e a moldura de fundamentalidade que reveste a temática vinculada à alimentação, a previsão e a consagração de seu conteúdo, nos documentos internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), dentre outros, aconteceu de modo episódico, seguindo a toada generalista sobre o tema. Apenas em 1996, a Declaração de Roma sobre a segurança alimentar mundial trouxe, de modo incisivo, a previsão da segurança alimentar e nutricional e o direito à alimentação, inclusive fazendo uma clara alusão, em sede de considerandos, sobre a imprescindibilidade do tema, tal como a proposição de um plano de ação. No contexto brasileiro, o tema passa a ganhar protagonismo e relevância, a partir de uma abordagem transdisciplinar e voltada para dimensões qualitativa, quantitativa e cultural com a sanção da Lei nº. 11.346, de 2006, denominada de Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), responsável pelo reconhecimento expresso do direito à alimentação adequada como sendo dotado de fundamentalidade e sua correlação com a segurança alimentar e nutricional enquanto uma

¹ Artigo vinculado ao Projeto de Iniciação Científica “Sob os auspícios de Deméter: pensar os hiatos e obstáculos na promoção do direito à alimentação, a partir de uma perspectiva regional”

² Graduando do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). E-mail: gabrielsmarzaro06@gmail.com;

³ Estudos Pós-Doutorais em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Doutorado e mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”, vinculado à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>

compreensão complexa e multifacetada. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 64, em 2010, de modo expresso, amplia-se o rol do artigo 6º do Texto de 1988, de modo a incluir, expressamente, o direito à alimentação como direito social. A metodologia empregada pautou-se na utilização dos métodos historiográfico e dedutivo; do ponto de vista da abordagem, a pesquisa se apresenta como dotada de natureza exploratória e qualitativa. Como técnicas de pesquisa, optou-se pelo emprego da revisão de literatura sob o formato sistemático.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em linhas iniciais, o escopo do presente está assentado em analisar a alimentação enquanto direito fundamental, à luz da compreensão da dignidade da pessoa humana. O direito à alimentação adequada é amplamente bem-agrado como um direito fundamental e inerente ao ser humano, visto que retrata a essência para a prática de outros direitos com relação a dignidade da pessoa humana. Esse direito requer a entrada regular e definitiva de alimentos com bons níveis com relação a qualidade nutricional e sua quantidade suficiente.

A fome quando for explorada de uma forma jurídico-político não é apenas uma falta de alimentos, essa questão vai mais além. Escolhas políticas podem influenciar diretamente no aumento ou não da fome em cada região. O fenômeno da fome não é simplesmente um desastre humanitário, mas sim uma consequência de uma série de decisões e circunstâncias políticas com relação as prioridades de políticas públicas dos governantes de cada Nação.

Milhões de pessoas ao redor do mundo sofrem do fenômeno da fome por causa de guerras, desigualdades sociais ou crises econômicas. Por causa disso, a fome vem se tornando nas últimas décadas uma pauta nas discussões internacionais. Apesar de ter seus motivos (econômicas, sociais ou por conflitos) a fome está passando a ser vista como uma questão de violação aos direitos humanos, este fato se estabeleceu na comunidade internacional, principalmente após a segunda grande guerra, com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas), que avançou as conversas para que as Nações pudessem garantir os direitos humanos aos seus cidadãos, mais precisamente ao direito à alimentação.

No âmbito nacional, o Brasil estabeleceu o direito à alimentação adequada no decorrer dos debates sobre direitos fundamentais. No Brasil, este direito está assegurado

em sua Constituição por meio da emenda constitucional de nº64, inserido na Carta Magna no ano de 2010, assegurando o direito à alimentação de maneira formal como um direito social de extrema importância para com a dignidade da pessoa humana. A inclusão desta lei na constituição chama-se de LOSAN (Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional) que constitui em um marco na legislação brasileira. Entre seus principais objetivos está a erradicação da fome e da desnutrição, promoção de alimentos saudáveis a vida humana e de maneira adequada e ainda o desenvolvimento de políticas intersetoriais.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. Assim sendo, o primeiro método foi utilizado no estabelecimento das bases históricas sobre a mudança de paradigmas proporcionada pelo Texto Constitucional de 1988. Já o método dedutivo encontrou, por sua vez, aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza eminentemente qualitativa.

Como técnicas de pesquisa estabelecidas, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida. As plataformas de pesquisa utilizadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material empreendido as seguintes palavras-chaves: “Alimentação”; “Direito Humano”; “Dignidade da Pessoa Humana”; “Alimentação Adequada”.

1 A FOME COMO UMA DECISÃO POLÍTICA? PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A COMPREENSÃO DA FOME ENQUANTO EVENTO JURÍDICO-POLÍTICO

A concepção com relação a fome envolve vários aspectos e por isso se torna complexa. Entre os aspectos a serem analisados estão os aspectos econômicos, sociais, biológicos e políticos. É importante frisar que a fome não engloba apenas a falta de

alimentos, mas também inclui se o indivíduo está em dia com a qualidade nutricional como bem define a Organizações das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO, 1963). Aliás, aludida Organização analisa de uma forma técnica sobre a concepção de fome: é uma situação em que uma área geográfica em específico tem desnutrição em alta e mortes por falta do acesso a alimentação o para estas pessoas (Castro, 1984).

Para Jean Ziegler (2012), na obra “Destruição Massiva”, a fome se concebe, pois, o ser humano, em sua totalidade, precisa consumir alimentos/comida para poder produzir energia e também adquirir nutrientes necessários para a vida humana. Não obstante, quando há uma falta no acesso parcial ou total de alimentos, há, também, uma escassez na produção de energia e na absorção de nutrientes vitais para os indivíduos. De acordo com os dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) (2023), o necessário na absorção de nutrientes/calorias adquiridos através dos alimentos varia de acordo com a idade do ser humano, quanto mais idade tiver mais calorias vai precisar.

Desse modo, as estimativas são as de que para um bebê serão necessárias 1.000 (mil) calorias diárias advindas da alimentação; para uma criança, será essencial o consumo de, no mínimo, o equivalente 1.600 (mil e seiscentas) calorias por dia; e, por fim, um adulto deverá, minimamente, consumir o necessário de 2.200 (duas mil e duzentas) calorias. Se não obtiver o consumo destes o ser humano não conseguirá produzir adequadamente sua própria força vital, fazendo deste ser, um ser passível desnutrição (qualidade nutricional baixa) o que liga diretamente ao fenômeno da fome (Ziegler, 2012).

Em complemento, no contexto brasileiro, Josué de Castro é um dos nomes que mais se destaca na abordagem científica da questão envolvendo a fome. Castro fora um importante médico, geógrafo e pensador social brasileiro, foi um dos primeiros a analisar a fome de uma forma abrangente e inovadora para a época em que viveu. Sobre o regime alimentar, o autor destacou que:

Qualquer tipo de regime alimentar, para ser considerado racional, quaisquer que sejam as substâncias alimentares que entrem em sua formação, deve ser suficiente, completo e harmônico. Deve conter um

total de energia correspondente às despesas do organismo, a fim de ser julgado suficiente. Deve encerrar os diferentes elementos de que o organismo necessita para seu crescimento e equilíbrio funcional, para ser completo. Só será harmônico se estes diferentes elementos entrarem em sua composição em determinadas proporções (Castro, 1984, p. 74).

Ao lado disso, de acordo com suas principais obras, principalmente a “Geografia da Fome”, de 1946, Castro analisa que: a fome é uma criação humana, no que se refere que a fome não seja uma fatalidade natural, mas sim uma consequência das organizações sociais e econômicas desiguais compulsórias pelos humanos. Também, Castro examina que: A fome não é sobre produção de alimentos, mas sim sobre como estes alimentos são distribuídos e ele fala em uma má distribuição do alimento para com a população que mais necessita. Castro também afirma que a fome causa um atraso no desenvolvimento e fere a dignidade da pessoa humana (Castro, 1984).

Para Flávio Luiz Schieck Valente (2003), a concepção de fome é usada por várias esferas da população que vai desde a sensação (vontade de comer), o que é normal e conhecido por todos, até mesmo a medidas mais cruéis de fome, que tem como sua causa principal o de desigualdade social, até pobreza e passando pela exclusão de certos grupos sociais da sociedade por todo o mundo. Sem embargos, o fenômeno da fome, para Josué de Castro (1984), se divide, basicamente, em duas distinções fundamentais: a fome aguda e a fome crônica (fome oculta).

Assim, para o autor, a fome aguda se baseava em uma situação crítica em que a pessoa não obtinha quase ou praticamente nenhum acesso ao alimento, levando, em muitos casos, a morte. Em sua obra, Castro (1984) analisa este tipo de fome e alcança como resultado de que os motivos que levam à fome aguda se referem muitas vezes aos fenômenos da seca, enchentes, guerras ou uma crise naquela região. O autor ainda descreve que a fome aguda era mais comum em regiões como a Amazônia em que os alimentos, por causa da precariedade de muitas infraestruturas daquela região, poderiam não chegar à população. Tal cenário redundava em um período cuja população não tinha condições de se alimentar causando uma desnutrição severa. São nesses casos em que em certas ocasiões

podem ocorrer medidas extremas para poder chegar ao acesso do alimento, como é o caso do canibalismo (Castro, 1984).

Ademais, quando da abordagem e da categorização da fome nos contextos regionais brasileiros, Castro, ao avaliar o cenário da região norte, destacou que:

A análise biológica e química da dieta amazônica revela um regime alimentar com inúmeras deficiências nutritivas. Tem-se logo a impressão da sua impropriedade na extrema pobreza, ou mesmo ausência, de alguns dos alimentos protetores, da carne, do leite, do queijo, da manteiga, dos ovos, das verduras e das frutas. Tem-se outra imagem da insuficiência na sua exiguidade quantitativa. É uma alimentação parca, escassa, de uma sobriedade impressionante. O que um homem come durante um dia inteiro não daria para uma só refeição dos habitantes de outras áreas climáticas, condicionadoras de hábitos diferentes (Castro, 1984, p. 72)

Ao ampliar este fenômeno para o mundo inteiro, é possível observar o que diz o relatório da Organização das Nações Unidas, por meio da Organização da Nações Unidas para a Agricultura (FAO) e o Programa Mundial de Alimentos (PMA), de 2019. Ao lado disso, segundo dados apresentados pelo relatório supramencionado, no mundo, haveria pelo menos 113 milhões de pessoas que sofrem do fenômeno da fome aguda, representados principalmente por países do continente Africano. Para complementar, o fenômeno da fome aguda, de acordo com Monteiro (2003, p. 08), “equivale à urgência de se alimentar, a um grande apetite (...)”.

Com relação ao fenômeno da fome crônica, Josué de Castro (1984) define, em sua obra “Geografia da Fome”, que este fenômeno, diferentemente da fome aguda, é uma falta de nutrientes adquiridos pelo regime de alimentação ao qual a população é submetido durante um período de tempo longo e que, no passado, eram encontrados especialmente nas regiões do Nordeste. Para o autor, a fome crônica é silenciosa e contínua podendo em quase todos os casos causar doenças com relação falta de nutrientes não ingeridos num longo prazo. Este tipo de fome, consoante os apontamentos de Castro, é causado pela falta no acesso regular de nutrientes provenientes dos alimentos ingeridos. Uns dos perigos

advindos da fome crônica redonda na subalimentação constante, podendo afetar o desenvolvimento completo dos indivíduos, em especial as crianças (Castro, 1984).

Já para Monteiro, sobre a concepção da fome crônica, pode-se aduzir que:

(...) ocorre quando a alimentação diária, habitual, não propicia ao indivíduo energia suficiente para a manutenção do seu organismo e para o exercício de suas atividades cotidianas. Nesse sentido, a fome crônica equivale a uma das modalidades de desnutrição: a deficiência energética crônica (Monteiro, 2003, p.8).

Assim, de acordo com Monteiro (2003), a concepção de fome crônica é quando a alimentação do indivíduo, por um longo tempo, não gera o necessário para a produção de energia corporal para executar suas atividades diárias. Ao se falar sobre o fenômeno da fome, que afeta o mundo inteiro, é plausível destacar o papel político, principalmente do aspecto brasileiro. Brito e Batista (2021) quando analisam a fome no debate político brasileiro, descrevem que a fome é um problema estrutural que, ao ser abordado nos debates e agendas políticas ganham mais força para se propor uma possível solução. Os autores trazem à tona que a fome é encontrada sobre a perspectiva de diversos males, como a pobreza, a injustiça social, a insegurança alimentar. Todos estes podem ser agravados ou melhorados de acordo com a política existente na região. O estudo diz que com o enfraquecimento nos últimos anos, principalmente no cenário político brasileiro, quem mais perde são os que mais sentem falta com relação ao acesso aos alimentos. (Brito, Batista, 2021)

Ao se analisar, novamente, as obras do Josué de Castro, é possível verificar que, em uma curva ascendente de complexidade envolvendo a fome enquanto um fenômeno de cunho social e político, a modalidade mais extrema é a carestia, causada pela má distribuição de renda e de concentração de riquezas. Segundo o autor, é preciso políticas públicas a fim de solucionar este problema, já que o aumento dos preços dos alimentos e a própria escassez de alimentos, o que prejudica, principalmente os mais vulneráveis. Castro, também, falou sobre a relação de carestia e os direitos humanos, propondo que fique ao

encargo dos Estados, principalmente com relação ao Estado brasileiro, o de assegurar o direito a uma segurança alimentar digna. (Castro, 1984)

Em âmbito internacional, deve-se, ainda, considerar as importantes contribuições para o debate da temática advindas do economista e escritor indiano Amartya Sen, que, em suas obras, principalmente em “Poverty and Famines”, de 1981, comenta que a carestia ocorre mesmo quando contém alimentos suficientes disponíveis e salienta que a falta de acesso econômico e a vulnerabilidade é um dos principais motivos pelo qual se tem a fome. Sen, também, realça que, a solução para com o fenômeno da fome não está no aumento da produção de alimento, mas sim na distribuição eficaz do alimento com a finalidade de garantir que todos tenham acesso a comida. Este processo envolve aspectos políticos, jurídicos e a dignidade da pessoa para conseguir um bem-estar populacional. (Sen, 1981)

A fome é um dos principais elementos que agrava a situação dos mais vulneráveis. Ao se notar isso, Sen (1981) apresenta, em sua obra “Desenvolvimento como liberdade”, a visão de que a fome é o resultado da privação de certos direitos e certas capacidades, fatores que afetam os mais vulneráveis. Para Sen (1981), a desnutrição, enquanto fator proveniente da fome, surge em meios em que há desigualdade, no qual os mais pobres não têm mecanismos nem direitos para conseguir garantir meios para a sua subsistência, seja por motivos advindos da ausência de oportunidade de emprego ou, ainda, a ausência de estruturação de uma rede de segurança social.

Sobre isso, Sen (1981) comenta, com relação à teoria das capacidades, que as pessoas não enfrentam apenas a ausência concreta de alimentos, mas sim uma ausência com relação à capacidade de uma maneira digna com a qual os indivíduos têm acesso aos alimentos. O autor, ainda, comenta com relação a seu país, a Índia, que, em tempos de abundância de alimentos, ocorreram crises alimentares, o que cria, de acordo com sua visão, um verdadeiro contrassenso lógico, mas, ainda assim, fundamentado em uma premissa devastadora produzida pelo comprometimento de direitos e de redes de segurança social, o que redundou na exposição dos vulneráveis em um cenário ainda mais delicado, no qual a abundância de alimentos não diminuiu ou acabou com a fome. (Sen, 1981)

Ao citar novamente Josué de Castro (1984), a fome não é apenas uma consequência da pobreza, mas como um elemento que intensifica a exclusão e a vulnerabilidade. Castro também argumenta que, a fome é o produto da desigualdade e da má distribuição de recursos, e que reforça a condição de vulnerabilidade dos mais necessitados ao reduzir suas forças psicológicas e físicas, fazendo com que se torne limitado o seu pleno desenvolvimento intelectual. Portanto, a fome enfraquece o ser humano e o torna ainda mais independente para poder se organizar e lutar por condições melhores de vida. (Castro, 1984).

Desta feita, ao se pensar a fome, deve-se, em uma primeira análise, compreender como um fenômeno multifacetado, cujas manifestações refogem de uma linearidade ou um padrão homogêneo de ocorrência. Ao reverso, a fome é, antes de tudo, um fenômeno complexo e intrincado que assume conotações próprias e que, por vezes, é elemento influenciador no comprometimento do desenvolvimento humano, contribuindo, de sobremodo, para uma situação de agravamento das capacidades dos grupos populacionais expostos a tal condição.

Aliás, a partir desta perspectiva, Jean Ziegler (2012) apresenta duas concepções para a fome, quais sejam: a fome estrutural e a fome conjuntural. A primeira é uma decorrência das estruturas de produções insuficientemente desenvolvidas nos países do Sul. Trata-se de uma expressão permanente, pouco espetacular e que se projeta biologicamente, com, a cada ano, milhões de mães subalimentadas que concebem milhões de crianças deficientes. “A fome estrutural significa destruição psíquica e física, aniquilação da dignidade, sofrimento sem fim” (Ziegler, 2012, p. 24).

A fome conjuntural, por sua vez, é altamente visível e alardeada pelos meios de comunicação e informação, eis que irrompe periodicamente nos programas jornalísticos. Trata-se de uma produção devido a uma catástrofe natural ou, ainda, uma guerra que macula o tecido social, arruína a economia, promove o deslocamento de milhares de vítimas para os acampamentos de pessoas em situação de refúgio. Em tal contexto de comprometimento social, não é possível o plantio nem a colheita. “As instituições estatais

deixam de funcionar. Para os milhões de vítimas amontoadas nos acampamentos, a última salvação está no Programa Alimentar Mundial (PAM)” (Ziegler, 2012, p. 24).

2 A FOME COMO PAUTA DAS DISCUSSÕES INTERNACIONAIS: PENSAR A EMERGÊNCIA DO TRATAMENTO DA ALIMENTAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

No âmbito internacional, Ziegler (2012) diz que, uma das maiores dificuldades da FAO é o território de Gaza, um dos países que mais enfrentam crises no mundo. O território de Gaza é uma pequena faixa situada entre Israel, o Egito e o Mar Mediterrâneo. Atualmente possui uma população de aproximadamente 1,5 milhão de habitantes. Essa é a faixa de Gaza que, em relação ao fenômeno da fome, é um dos países que mais sofrem em consequência deste tipo. Ziegler (2012) afirma, ainda, que, no ano de 2010, quatro em cada cinco famílias se alimentavam apenas uma única vez ao dia. Uma das maiores dificuldades deste território pertencente à Palestina é a falta em acesso a alimentos em abundância para guetos de Gaza. Há que se reconhecer que o elemento que dificulta este acesso é o Estado de Israel, que a muitos anos vem regulando a entrada de alimentação, permitindo apenas que entrem o necessário para que não seja vista de uma forma que desagrade a comunidade internacional (Ziegler, 2012, p.50-53).

Aliás, conquanto as reflexões de Ziegler datem do ano de 2012, fazendo alusão aos dados de 2010, deve-se reconhecer que, com o agravamento do conflito armado entre Israel e a Palestina, a fome e a sede passam a ser empregadas como verdadeiras armas de guerra. Neste sentido, inclusive, o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) emitiu, no ano de 2024, nota de repúdio, conforme se infere:

A morte brutal de mais de 100 palestinos e palestinianas, após soldados de Israel abrirem fogo contra uma multidão em busca de alimentos, é mais uma cruel demonstração de como a fome está sendo usada como método de guerra para dizimar e punir coletivamente o povo palestino. Privar populações inteiras do acesso a alimentos, água e outros meios para sustentar a vida é mais que uma grave violação do direito humano à alimentação adequada (DHAA), é uma grave violação do direito

internacional humanitário, um crime de guerra e genocídio. Enquanto as forças israelenses bloqueiam a entrega de água, comida e combustível e impedem deliberadamente a assistência humanitária, a comunidade internacional assiste e normaliza a morte de recém-nascidos, crianças, jovens, mulheres e idosos. Os que não morrem em bombardeios estão condenados a morrer de fome e de sede, pela ausência de corredores humanitários, por meio dos quais seja possível fazer chegar aos cidadãos da Palestina, de forma segura, desimpedida e sustentável, o mínimo essencial para a sobrevivência. O direito à alimentação, estabelecido em uma série de declarações internacionais, pressupõe que todos os países se comprometam com a obrigação imediata de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, sendo a falta de acesso à ajuda alimentar humanitária em conflitos armados ou em outras situações de emergência uma grave violação ao DHAA. A IV Convenção de Genebra e o Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra voltada à proteção de vítimas de conflitos armados, estabelecem a obrigação legal de que todos os Estados assegurem o acesso de civis a alimentos e água, permitindo a livre passagem de todas as remessas de víveres indispensáveis, proibindo o uso deliberado da fome como método de guerra. Os Princípios de Maastricht sobre os Direitos Humanos das Futuras Gerações, por sua vez, estabelecem compromissos dos Estados com as gerações futuras, que têm direito ao gozo igual de todos os direitos humanos, tanto com as que vivem em seus territórios, quanto com as que estão além de suas fronteiras (Brasil. Secretaria Geral da Presidência da República. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, 2024, n.p.).

A Organização das Nações Unidas (ONU), em comunicado oficial, no início de fevereiro de 2024, já alertava para o uso da fome contra a população palestina, por parte de Israel. Na oportunidade, especialistas alertaram para o seguinte cenário:

As recentes mortes de mais crianças palestinas devido à fome e à desnutrição não deixam dúvidas de que a insegurança alimentar se espalhou por toda a Faixa de Gaza. A afirmação foi feita por um grupo de especialistas independentes nesta terça-feira.

Em nota, os relatores apontam o crescente número de menores que morreram vítimas de desnutrição e falta de acesso a cuidados de saúde adequados. Para os especialistas, a morte de uma criança por desnutrição e desidratação indica que as estruturas sociais e de saúde foram atacadas e estão gravemente enfraquecidas (Organização das Nações Unidas, 2024, n.p.).

Com relação à Coreia do Norte, Ziegler afirma que nela há 6 milhões de pessoas dos 24 milhões que constituem o país, que estão em situação de grave subnutrição. O que reforça este número é a ditadura da dinastia Kim que comanda o país há várias décadas. A anistia internacional fala em 200.000 (duzentos mil) o número de presos que tentaram sair do país por causa da fome e foram rechaçados por governos como o da China, e são transportados para campos de reeducação da Coreia perto da fronteira com a congelada Sibéria, segundo Ziegler eles nunca serão libertos. Ainda segundo a Anistia Internacional, 40% das pessoas que foram detidas morreram por causa da má alimentação fornecida pelo governo Norte Coreano. Os detidos são obrigados a sobreviver ao trabalho forçado, e como não recebem alimentos necessários para sua completa nutrição, acabam se alimentando de ratos e cereais achados nos meios dos animais (Ziegler, 2012, p.55).

Em sua obra, Ziegler comenta também que nos países membros da União Europeia injetam cerca de 1.250 (mil e duzentos e cinquenta) euros *per capita* com relação aos cuidados de saúde básicos, o que inclui o cuidado com a alimentação em pessoas da Europa. Em quanto com relação à África subsaariana é destinado cerca de quinze a dezoito euros per capita (Ziegler, 2012, p.65).

Ademais, Ziegler também traz em sua obra as doenças causadas pela fome (má nutrição e subalimentação), em que analisa que há diversos tipos de doenças relacionadas com a fome, entre elas está a cegueira por falta de vitamina A uma doença que afeta este tipo de perfil. Outra com grande relevância é a Noma com nome científico *cancrum oris*. Esta se desenvolve na região da boca e acaba por destruir os tecidos bucais. Entre suas características está a desfiguração do rosto de crianças malnutridas, na grande maioria dos casos levam à morte. É estimado que cerca de 90% dos que adquirem esta doença morram, a taxa de sobrevivência é de apenas 10%, naquele contexto de análise apresentado por Ziegler. A cada ano é estimado que esta doença atinge cerca de 140.000 (cento e quarenta mil) de pessoas na África subsaariana, dentre este número cerca de 100.000 (cem mil) são crianças de um a seis anos. Sobre esta doença Ziegler continua *in verbis*:

A morte sobrevém geralmente nos meses seguintes ao colapso do sistema imunitário, na forma da gangrena, da septicemia, da pneumonia ou da diarreia hemorrágica. 50% das crianças afetadas morrem em três a cinco semanas. A noma também pode vitimar crianças maiores e, excepcionalmente, adultos. Os sobreviventes experimentam o martírio. Na maioria das sociedades tradicionais da África Negra das montanhas do Sudeste asiático e dos altiplanos andinos, sobre as vítimas da noma pesa um tabu: são "rejeitadas como se fossem uma punição e ocultadas dos vizinhos. A pequena vítima é afastada da sociedade, isolada, emparedada na sua solidão, abandonada. Dorme com os animais (Ziegler, 2012, p.69).

Estes casos que se relacionam com a fome na África, despertam deveres de países com recursos a ajudar. Mas estes países dificilmente estão dispostos a tal, como foi em uma reunião do G8+5 em 2005 que prometeram injetar um total de 50 (cinquenta) bilhões de dólares, mas só apareceram 3 (três) bilhões de dólares (Ziegler, 2012, p.66).

Atualmente, a teoria que abrange os direitos humanos teve como marco a publicação da declaração universal dos direitos humanos e afirmada pela declaração dos direitos humanos de Viena em 1993. Esse movimento para se ter uma declaração universal começou nos pós-guerra indo de encontro às guerras e crises que assolavam, principalmente ao nazismo que afligiam as populações. Nesse sentido, depois dos horrores, principalmente no pós-segunda guerra mundial, a ONU (Organização das Nações Unidas) apresentou esta carta (Piovesan, 2021, p.2).

O Direito Humano à Alimentação Adequada (DHAA) está inserido nesta declaração como uma forma de direito humano. No Brasil, este direito inerente ao ser humano está inserido na Constituição Federal por meio de uma Emenda nº 64, no ano de 2010 após um forte movimento social (Marchioni; Bógus, 2022). Além disso, há o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que é um tratado internacional, organizado pelas Nações Unidas em sua assembleia geral. Este tratado publicado no ano de 1966, procura sustentar a garantia dos direitos humanos como forma de educação, trabalho e também a saúde, que por meio desta está o direito à alimentação digna. Esse pacto foi uma referência para a luta pelos direitos humanos, foi a partir dele que esses direitos se

caracterizam como fundamentais para a promoção do bem-estar populacional (Novo, 2024).

Outro marco para com a direito à alimentação, reconhecendo a sua natureza e densidade jurídicas de direitos humanos, está na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) aprovada, no ano de 1969. Esta Convenção, assinada pelos países membros, estabeleceu como princípios norteadores o conceito de liberdade individual e justiça social garantida pelo pleno acesso aos direitos humanos. Este foi um dos documentos mais marcantes com relação aos direitos humanos envolvendo países do continente Americano (Brasil. Supremo Tribunal Federal, 2022).

Além destes, um outro marco com relação aos direitos inerentes à alimentação é o Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura (TIRFAA), em seus princípios estão a preservação e a distribuição mais igualitária dos benefícios destes recursos fitogenéticos, que foi criada, na 31ª sessão da conferência da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura, por meio de assinatura de seus Estados-membros. Esta sessão fora realizada no ano de 2001 na capital da Itália, Roma. Este tratado só entraria em vigor como fosse ratificado por pelo menos 40 países, dois anos depois, 83 países assinaram (Guimarães, 2003, p.1).

Outro documento que é de uma importância exemplar é a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial feito pela FAO, em 1996. A Declaração supramencionada tinha como principal finalidade o de erradicar a fome no mundo, oportunidade em que vários chefes de Estado se comprometeram com essa finalidade, e que até o ano de 2015 reduzir pela metade a subnutrição em seus países, entre estes países está o Brasil. O documento não é débil com relação ao tema da alimentação, acreditando sim na extinção da fome no mundo (Queiroz, 2018, p.94-95). Há, também, o Plano de Ação da Cimeira Mundial de Alimentação desenvolvido em 1996, que de acordo com este, é um plano com o olhar sobre a Carta dos Direitos Humanos e dos Direitos Internacionais com relação à alimentação. *In verbis*:

O Plano de Acção da Cimeira Mundial da Alimentação é formulado em conformidade com as objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas e do direito internacional, esforçando-se de consolidar os resultados de outras conferências das Nações Unidas, organizadas desde 1990, sob o tema da segurança alimentar (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, 1996).

Aliás, ao analisar os *considerandos* do Plano de Acção da Cimeira Mundial de Alimentação, o documento já alude ao fato que:

Reafirmamos que um ambiente político, social e económico pacífico, adequado e estável, é a condição essencial para que os Estados sejam capazes de dar uma adequada prioridade à segurança alimentar e à erradicação da pobreza. A Democracia a promoção e a protecção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, incluindo o direito ao desenvolvimento e a uma completa e igual participação dos homens e mulheres, são indispensáveis para se alcançar uma segurança alimentar sustentável para todos.

A pobreza é a maior causa de insegurança alimentar. Um desenvolvimento sustentável, capaz de erradicá-la, é crucial para melhorar o acesso aos alimentos. Conflitos, terrorismo, corrupção e degradação do meio ambiente também contribuem significativamente para a insegurança alimentar. Esforços para aumentar a produção de alimentos, incluindo os alimentos de base, devem ser feitos. Estes devem ser realizados dentro de um quadro sustentável de gestão dos recursos naturais, eliminação de modelos de consumo e produção não sustentáveis, particularmente nos países industrializados, e a estabilização imediata da população mundial. Nós reconhecemos a contribuição fundamental da mulher para a segurança alimentar, principalmente nas zonas rurais dos países em desenvolvimento, e a necessidade de promover a igualdade entre homens e mulheres. Para reforçar a estabilidade social e impedir o êxodo rural, que muitos países enfrentam, deve-se considerar prioritária também a revitalização das zonas rurais (Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, 1996).

Outra convenção é a Convenção Interamericana sobre obrigação alimentar que bem descreve o seguinte em seu artigo 1º

Esta Convenção tem como objeto a determinação do direito aplicável à obrigação alimentar, bem como à competência e à cooperação processual internacional, quando o credor de alimentos tiver seu domicílio ou residência habitual num Estado Parte e o devedor de alimentos tiver seu

domicílio ou residência habitual, bens ou renda em outro Estado Parte (Organização dos Estados Americanos, 1989, n.p.).

Ao se analisar o direito à alimentação, é imprescindível que se fale sobre o Comentário Geral da ONU nº 12, aprovado no Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos na Nações Unidas no ano de 1999, que teve como base na interpretação do artigo 11 do PIDESC (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). Este comentário explica que o acesso ao alimento é um direito pertencente a todo ser humano. Para constar se esse indivíduo está tendo acesso a esse direito, é preciso analisar se ele está tendo acesso tanto físico quanto econômico à alimentação (Aguilar; Padrão, 2022, p.128).

Tendo como base que o Direito humano à Alimentação Adequada (DHAA) é um direito importante para a sobrevivência, em 1999, a ONU, por meio do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, divulga o Comentário Geral de nº 12, cujo conteúdo promove um aprofundamento sobre o direito à alimentação, bem como os seus elementos constituintes e caracterizadores (Zimmermann; Lima, 2008, p.8). Neste sentido, extrai-se:

O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção. O direito à alimentação adequada não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos. O direito à alimentação adequada terá de ser resolvido de maneira progressiva. No entanto, os estados têm a obrigação precípua de implementar as ações necessárias para mitigar e aliviar a fome, como estipulado no parágrafo 2 do artigo 11, mesmo em épocas de desastres, naturais ou não (Organização das Nações Unidas, 1999)

Para complementar, no ano de 2002, Jean Ziegler incluiu uma definição sobre o direito ao acesso regular e permanente à alimentação Adequada e um respeito para com os povos em relação a suas culturas e tradições em seu artigo de número 11 (onze). (Zimmermann; Lima, 2008, p.9)

3 ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NA ORDEM DO DIA! O TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO – REFLEXÕES SOBRE A FUNDAMENTALIDADE DA TEMÁTICA

Um marco importante em território brasileiro com relação a esse tema é a regularização organizacional da Segurança Alimentar e Nutricional que se tornou existente com a publicação da Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), com a sanção da Lei nº. 11.346, em setembro de 2006, ainda no primeiro governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Com a promulgação desta lei criou-se a SISAN (Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional) para que se conseguisse cumprir as diretrizes da DHAA (Direitos Humanos à Alimentação Adequada) nesse sentido fazendo da função do Governo a execução de uma universalidade do acesso à alimentação, garantindo assim o acesso aos direitos humanos fundamentais. (Leão, Recine, 2013, p.14)

Em seu artigo segundo, a LOSAN em forma de conformidade aos deveres retratados em âmbito internacional sobre os direitos à alimentação descreve o seguinte:

A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população (Brasil, 2006).

A legislação de 2006, ao estabelecer uma concepção legal acerca da compreensão de alimentação adequada, buscou promover um diálogo com os princípios descritos pela ONU através da DHAA (direito humano à alimentação adequada). (Leão; Recine, 2013, p.13). No conceito dos tempos atuais, considera-se que os próprios Estados têm sua soberania a fim de garantir a segurança nutricional e alimentar dos próprios cidadãos, o que se manifesta no reconhecimento de padrões e no estabelecimento de parâmetros próprios para a questão vinculada com a segurança alimentar e nutricional. De igual modo, é seu dever

organizar as logísticas e as políticas que deverão ser implementadas. Este conceito é conhecido como soberania alimentar.

Ainda em diálogo com a questão da soberania alimentar, é necessário reconhecer que a conotação de segurança alimentar e nutricional, também, exsurge como consectário lógico e indissociável da questão alimentar, manifestando-se a partir da interação de elementos próprios e peculiares de cada contexto, refletindo demandas, anseios, representatividades simbólicas e identitárias dos grupos envolvidos. Para além disso, o Brasil estabeleceu uma compreensão oficial do conceito de segurança alimentar e nutricional (SAN), a partir de uma perspectiva plural e heterogênea sobre a temática. Acerca disso, o artigo 3º da LOSAN:

A Segurança Alimentar e Nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (Brasil, 2006).

A partir de um exame perfunctório da compreensão de segurança alimentar e nutricional, pode-se apontar que o dispositivo legal supramencionado, ao reconhecer a complexidade e heterogeneidade de grupos formadores da sociedade brasileira, apresentou uma conotação do tema em um viés ampliado. Assim, pode-se reconhecer que a questão está estribada em três dimensões distintas, quais sejam: qualitativa, quantitativa e em conformidade com os aspectos culturais dos destinatários, sem olvidar de elementos ambientais, culturais, econômicos e socialmente sustentáveis. Freitas e Pena anotam:

O conceito de segurança alimentar e nutricional no Brasil remete à necessidade do entendimento de questões estruturais, em que a desigualdade social conduz ao significante essencial do termo em relação ao acesso ao alimento. Expressões como qualidade de alimentos, satisfação psico-fisiológica, alimentação saudável, nutrientes básicos e transição nutricional, estão associadas à SAN e podem conformar relações inter e transdisciplinares sobre o tema, para a compreensão do fenômeno.

Contrariamente, insegurança, precariedade, incerteza, exclusão e rejeição social, sofrimento e vergonha de viver com fome são expressões do mesmo campo semântico para significar faltas sociais que fazem oposição à segurança de comer e viver com qualidade (Freitas; Pena, 2007, p. 73).

Principalmente, a partir dos anos 1980, a produção de alimentos se tornou menos saudável como consequência da industrialização destes. Então o conceito de segurança alimentar passou a tratar da produção destes alimentos de maneira sustentável, ou seja, que não foram contaminados, ou também que estes sejam produzidos com qualidade, que possam ter como satisfazer nutricionalmente as pessoas e também com relação a estes que seja culturalmente propício a produção (Valente, 2002).

Juliane Gamba e Zélia Montal (2009 *apud* Rezende; Dutra; Rangel, 2016) analisam com relação ao direito à alimentação sob duas ideias principais. Uma é relativa à flexibilidade em relação ao alimento, olhando para que sua quantidade e sua qualidade sejam suficientes para servir as carências das pessoas, por conseguinte sendo autônomo de preparados como é o caso do agrotóxico e também sendo culturalmente aceito (Gamba; Montal, 2009 *apud* Rezende; Dutra; Rangel, 2016). Assim, são consideradas três dimensões manifestadas do direito à alimentação de grande importância, a cultural, a quantitativa e a qualitativa. Na dimensão cultural, Dirceu Siqueira e Jaime Brito dissertam sobre:

A importante dimensão cultural desse direito fundamental apresenta-se como relevante fator de inclusão social ou, ao menos, como forma de evitar-se a exclusão de pessoas ou grupos. Apresentá-lo como fator de inclusão social de pessoas ou grupos significa reconhecer seu papel inclusivo dentro da sociedade, ou ainda, reconhecê-lo como forma de evitar a exclusão social. [...] A alimentação, apresentada em sua faceta cultural, também sofre a interferência dessa nova realidade, de modo que os hábitos alimentares foram fortemente influenciados por esses avanços, mas mantendo-se certamente seus traços essenciais, a exemplo da alimentação em família, ao redor da mesa, que mesmo sob forte influência dos *fast-food's* ainda continuam presentes no dia-dia cultural da sociedade. (Siqueira; Brito, 2013, p. 04-06).

De acordo com a dimensão cultural tem-se que com o passar dos anos, o modo de como as pessoas se alimentam mudou, fazendo com que se atualizasse seus hábitos e meios

de alimentação. Além do mais, a diferença cultural molda como cada cultura se alimenta, sendo assim que este direito não entregue uma alimentação difundida, mas sim que auxilie na defesa de suas culturas e modos alimentares (Rezende; Dutra; Rangel, 2016, p.157). Além disso, cabe ressaltar o que descrevem Fontolan e Lima:

Dimensão cultural: tratar sobre a alimentação é, diretamente, tratar sobre cultura. Desde o plantio até o preparo e o consumo do alimento existem aspectos culturais que precisam ser observados, respeitados e valorizados. Deste modo, a valorização cultural dos alimentos e toda a sua diversidade são elementos de resistência à homogeneização ou padronização alimentar. Cada comunidade contém história, identidade, valores e tradições incalculáveis, não podendo ser atropelados por aspectos meramente econômicos, pois são direitos dessas pessoas. (Fontolan; Lima, 2023, p.4)

Em complemento, Freitas e Pena, ao abordar a dimensão cultural e sua correlação com as manifestações religiosas de cada região do país, colocam em observação que:

Na diversidade alimentar regional, a tendência é manter tradições e incorporar novos valores, para resignificar as inscrições simbólicas dos alimentos por vários grupos sociais. Diferentes associações entre alimento, corpo e religião sustentam conceitos litúrgicos sobre os valores atribuídos ao termo saudável. Alguns estudos sobre essa temática revelam a importância em compreender o comportamento alimentar e sua associação com a religiosidade. Em geral, as normas sanitárias consideram a alimentação-saudável como uma prevenção dos problemas de saúde, ou mesmo como designo da segurança para a saúde. Essas normas, por manterem uma gramática fechada e institucional, deixam de notificar valores que consignam características semânticas análogas ao saudável, particular em cada religião. É possível que, no discurso dos sujeitos imbuídos de valores religiosos, a expressão “alimento saudável” se inscreva como uma representação do divino ou da purificação do corpo e da alma. A SAN poderá ser interpretada como um valor em que os sentidos de permanência da alimentação, ou de alimento seguro, não esgotam a necessidade corporal, mas também contribuem para uma necessidade da alma (Freitas; Pena, 2007, p. 76).

Assim, a ausência de uma correspondência entre componentes técnico-científicos e a compreensão dos sistemas de valores culturais reclama cuidados ao conduzir a discussão

da alimentação saudável. Tal fato deriva da premissa que, ordinariamente, no discurso institucional e técnico-científico, o vocábulo *saudável* ocupa um espaço que, não raramente, se associa com expressões inflexíveis, assentadas em regras que materializam o equilíbrio de nutrientes, em que predomina a hierarquia de tais valores bioquímicos para assegurar, estritamente, as necessidades do corpo. Ora, são consectários que decorrem de aspectos disciplinares dos receituários normativos ou do discurso acadêmico, que fazem uma analogia entre pureza e pecado; poluído e limpo; leve e pesado, além de outras representações sociais subjacentes em concepções religiosas.

Neste passo, para se compreender o aspecto cultural encerrado na segurança alimentar e nutricional, é imperioso o aprofundamento no debate a respeito do significado de saudável, enquanto um acontecimento com claros contornos culturais a respeito da alimentação. Ademais, no contexto brasileiro, a observância dos códigos culturais regionais é inspiradora para se analisar as necessidades dos indivíduos na sua realidade. As diferentes abordagens acerca da alimentação não devem se circunscrever tão somente a compreensão formal e acadêmica de saúde oficial, mas também se aliançar com os sincretismos, os valores afetivos e outras associações que transitam no plano da cultura do indivíduo.

A comensalidade, um campo da SAN, é constituída de processos complexos que envolvem valores culturais e afetivos particularizados em contextos históricos e socioeconômicos. A ausência de compreensão sobre esse assunto alude políticas sociais minimizadoras dos elementos culturais que trazem à superfície crenças sobre corporeidade e comida, hábitos alimentares, conceitos higiênicos sobre alimentos, naturalização dos efeitos da fome⁴ sobre a população, por exemplo (Freitas; Pena, 2007, p. 78).

Uma outra dimensão, a quantitativa, é com relação à distribuição de alimentos que possa ser analisada de acordo com os volumes de alimentos que o ser humano minimamente precisa para que o organismo consiga operar de modo que se torne imprescindível a quantidade alimentar. Para que possa considerar que uma pessoa está recebendo nutrientes necessários para o pleno funcionamento de seu corpo é indispensável

que este ser humano ingira um mínimo de 03 (três) refeições saudáveis no decorrer do dia. (Rezende; Dutra; Rangel, 2016, p.157)

Além disso, há também a dimensão qualitativa, que basicamente diz com relação à qualidade dos alimentos ingeridos. Essa dimensão do direito à alimentação apresenta a importância de os alimentos terem nutrientes suficientes e que não sofram de alterações geneticamente, pois quanto mais natural for o alimento, mais saudável ele vai ser, acarretando numa maior fonte de nutrientes fornecidos. (Rezende; Dutra; Rangel, 2016, p. 158). Sobre essas duas últimas dimensões, Josué de Castro em sua obra “Geografia da Fome” descreve sobre a fome no sertão nordestino, in verbis:

São epidemias de fome global quantitativa e qualitativa, alcançando com incrível violência os limites extremos da desnutrição e da inanição aguda e atingindo indistintamente a todos, ricos e pobres, fazendeiros abastados e trabalhadores do eito, homens, mulheres e crianças (Castro, 1984, p. 165).

Ao se pensar dimensão qualitativa da compreensão brasileira de segurança alimentar e nutricional, tem-se como primado não apenas a disponibilidade da alimentação, a qualquer custo, para a população. Tal aspecto desdobra, necessariamente, em analisar a temática a partir de um viés mais complexo, vinculado com questões atinentes à higidez dos arranjos produtivos; sustentabilidade na produção alimentar; atendimento a padrões nutricionais e parâmetros estabelecidos por instituições de referência, nacional e internacional. Deste modo, a dimensão qualitativa opera efeitos sobre as formas e as estruturas das cadeias produtivas de alimentação e seus impactos na sadia qualidade de vida da população atendida, bem como a permanência de disponibilidade qualitativa.

Não por acaso, “SAN não significa apenas a disponibilidade do alimento, mas, sobretudo, a permanência de acesso ao alimento de qualidade, ou seja, a segurança da relação que o indivíduo e o coletivo têm com o alimento, construída na complexidade das relações sociais” (Freitas; Pena, 2007, p. 73). Ainda vinculado ao aspecto qualitativo da SAN, deve-se trazer, a reboque, a compreensão de segurança socioeconômica, que encontra vinculação à qualidade sanitária do alimento e ao respeito ao meio ambiente, o que produz

significados capazes de traduzir a estabilidade ou a segurança com o alimento. Assim, como elo transdisciplinar do conceito de SAN, pode-se reconhecer o seu trânsito nas esferas biológica, econômica, social, ambiental e cultural, impregnando-se de diversas variáveis na edificação daquela concepção.

Ao atingir todas estas dimensões do direito à alimentação não se deve retrogradar, ao passo de que o direito à alimentação é indispensável, fundamental e primordial para o pleno desenvolvimento do ser humano e a preservação de sua vida. Em decorrência da falta ou uma deficiência destas dimensões, poderá não haver vida, pois sem alimentação não se tem vida. (Rezende; Dutra; Rangel, 2016, p.158)

Um outro progresso com relação ao direito à alimentação é a emenda constitucional nº 64, de 2010, que introduz o direito da alimentação como direito social. Leão e Racine, ao analisarem a temática, apresentam que a compreensão de alimentação adequada é indispensável para a sobrevivência humana. Com a edição da Emenda Constitucional nº 64, no ano de 2010, a inserção da alimentação no rol dos direitos sociais, contidos no artigo 6º do Texto de 1988, representou um robusto avanço sobre o tema, conferindo-lhe, de modo expresso, envergadura constitucional e, por via de consequência, a exigibilidade e oponibilidade de natureza fundamental. Ademais,

O Direito Humano à Alimentação Adequada é indispensável para a sobrevivência. As normas internacionais reconhecem o direito de todos à alimentação adequada e o direito fundamental de toda pessoa a estar livre da fome como pré-requisitos para a realização de outros direitos humanos. No Brasil, desde 2010, este direito está assegurado entre os direitos sociais da Constituição Federal, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 64, de 2010. (Leão, Racine, 2013, p.26)

A inclusão deste conceito é uma das várias formas para fazer com que melhore o caminho do desenvolvimento social e uma forma de progresso para com os mais vulneráveis. (Leão, Racine, 2013, p.26). Há, portanto, uma clara inter-relação entre a compreensão de direito à alimentação adequada, segurança alimentar e nutricional e as

dimensões qualitativa, quantitativa e cultural, os quais convergem para a promoção e a materialização do desenvolvimento humano e da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ligação entre dignidade da pessoa humana e o direito à alimentação se torna indispensável, pois a carência com relação ao acesso à alimentação saudável abala diretamente ao pleno desenvolvimento social, à saúde física e mental do ser humano. Esse direito fora reconhecido mundo afora por inúmeros tratados internacionais com o objetivo de garantir as mínimas condições com relação a qualidade de vida. Um dos mais importantes desses tratados é a Declaração Universal dos Direitos Humanos do ano de 1948, este assegurou os direitos a liberdades fundamentais a todos os seres humanos, incluindo o direito fundamental à alimentação.

A fome pode ser compreendida como um evento jurídico-político, já que geralmente as decisões econômicas, sociais resultam de decisões políticas. A fome não é basicamente um fenômeno trágico, mas sim uma questão de dignidade humana e seu enfrentamento requer uma mobilização política com conscientização e respeito aos direitos humanos fundamentais para com todos os seres humanos.

O direito à alimentação como um direito humano espelha uma demanda com relação as necessidades se baseando nos princípios da dignidade e da igualdade entre as pessoas. A fome no Estado de Gaza e na Coreia do Norte se tornam exemplos de como a falta no acesso a alimentos prejudica um povo inteiro. Com relação a Coreia do Norte, enfrenta dificuldades pois o regime que governa atualmente o país, é um regime ditatorial o que acaba por dificultar o acesso à alimentação. Já o outro exemplo se refere aos bloqueios alimentares referentes as guerras que assolam a região, que acabam por lesar essa população. Estes casos refletem que apesar dos avanços com relação a este direito, há ainda muito o que melhorar no que se refere ao direito ao alimento.

Dentre o direito à alimentação tem-se três dimensões essenciais: a cultural, que se refere a valorização dos alimentos, respeitando as práticas e tradições culturais, a qualitativa, que diz a respeito da qualidade dos alimentos digeridos, fazendo com que sejam saudáveis e seguros para o consumo. Há também a quantitativa, no que atribui a quantidade de alimentos suficientes para a alimentação, satisfazendo as necessidades nutricionais da população.

Destarte, o reconhecimento do direito à alimentação adequada de acordo com a dignidade humana é um meio para a construção de uma sociedade mais justa, onde seus cidadãos tenham pleno acesso a direitos básicos fundamentais que garantem a plena vivência do ser humano, isto exige uma colaboração entre os governos e uma política mais equitativa para com a sociedade.

Portanto, a alimentação adequada é um direito essencial que deve ser admitido e assegurado a qualquer pessoa, se aliando com a integridade humana. Ao julgar o direito humano à alimentação, é fundamental entender que ele ultrapasse o simples acesso de alimentos que rodeia a uma disposição de uma nutrição saudável, culturalmente adequada e liberto de substâncias lesivas. Esse direito se torna primordial para o inteiro progresso humano e a progressão da saúde, baseando no respeito à dignidade dos seres humanos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Odaleia Barbosa de; PADRÃO, Susana Moreira. Direito humano à alimentação adequada: fome, desigualdade e pobreza como obstáculos para garantir direitos sociais. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 143, p. 121-139, jan.-abr. 2022.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília-DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010**. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em nov. 2024.

BRASIL. **Lei nº. 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em nov. 2024.

BRASIL. Ministério da Agricultura e da Pecuária. **Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para Alimentação e Agricultura (TIRFAA).** Disponível em:
<https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/sustentabilidade/tecnologia-agropecuaria/tirfaa>. Acesso em: 3 nov. 2024.

BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA). **Nota Pública:** Repúdio ao uso da fome e da sede como método de guerra e Solidariedade ao Povo Palestino. Brasília-DF: CONSEA, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/secretariageral/pt-br/consea/noticias/repudio-ao-uso-da-fome-e-da-sede-como-metodo-de-guerra-e-solidariedade-ao-povo-palestino>. Acesso em: 22 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (org.). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos:** Anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2022. Disponível em:
https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4854/CADH_2022_2ed.pdf?sequence=2. Acesso em: 03 nov. 2024.

BRITO, Fernanda Ribeiro dos Santos de Sá; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Sentidos e usos da fome no debate político brasileiro: recorrência e atualidade. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 37, n. 10, 2021.

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome.** 10. ed. Rio de Janeiro: Antares, 1981.

FONTOLAN, Maria Vitoria; LIMA, Romilda De Souza. Direito humano à alimentação adequada: uma visão holística. *In:* V Encontro Nacional de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional, **Anais...**, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 6-10 jun. 2022.

FREITAS, Maria do Carmo Soares de; PENA, Paulo Gilvane Lopes. Segurança alimentar e nutricional: a produção do conhecimento com ênfase nos aspectos da cultura. **Revista de Nutrição**, Campinas, v. 20, n. 1, p. 69-81, jan.-fev. 2007.

GUEDES, Douglas Souza; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Quem tem fome, tem pressa! Entre as idealizações constitucionais e a face faminta da realidade: uma análise do papel do estado enquanto sujeito assegurador do direito à alimentação. **Acta Scientia Academicus:**

Revista Interdisciplinar de Trabalhos de Conclusão de Curso, Bom Jesus do Itabapoana, v. 3, 2021.

GUIMARÃES, Elcio Perpétuo. **Tratado Internacional de Recursos Genéticos e suas Implicações para o melhoramento genético de plantas**. Disponível em: <https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/67651/1/P8.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2024.

LEÃO, Marília Mendonça; RECINE, Elisabetta. **O Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília-DF: ABRANDH, 2013. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/DHAA_SAN.pdf. Acesso em: 22 out. 2024.

MARCHIONI, Dirce Maria Lobo; BÓGUS, Cláudia Maria B. O direito humano à Alimentação adequada como diretriz de políticas públicas. *In: Jornal da USP [online]*, portal eletrônico de informações, 2022. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/o-direito-humano-a-alimentacao-adequada-como-diretriz-de-politicas-publicas/>. Acesso em: 03 nov. 2024.

MONTEIRO, Carlos Augusto. A dimensão da pobreza, da desnutrição e da fome no Brasil. **Estudos Avançados**, v. 17, n. 48, p. 7-20, 2003.

NOVO, Benigno Núñez. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). *In: Brasil Escola [online]*, portal eletrônico de informações, 2024. Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/direito/o-pacto-internacional-de-direitos-economicos-sociais-e-culturais-1966.htm>. Acesso em: 03 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO). **Declaração de Roma sobre a segurança alimentar mundial e plano de acção da cimeira mundial da alimentação**. Roma: FAO, 1996. Disponível em: <https://www.fao.org/4/w3613p/w3613p00.htm>. Acesso em: 30 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). Fome se espalha e ameaça crianças na Faixa de Gaza. *In: ONU News [online]*, portal eletrônico de informações, 2024. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2024/07/1834246>. Acesso em: 22 out. 2024.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas (ONU). **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-dos-direitos-econ%C3%B4micos-sociais-e-culturais>. Acesso em: 03 nov. 2024.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos (OEA). **Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar**. Adotada em 15 de julho de 1989. Montevideu: OEA, 1989. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-54.htm>. Acesso em: 31 out. 2024.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do TST**, Brasília, v. 75, n. 1, jan.-mar. 2009.

RESENDE, Adriana Silva Ferreira de; DUTRA, Damaris Domingos; RANGEL, Tauã Lima Verdan. Fome e representações idealizadas na obra de Euclides da Cunha. **Múltiplos Acessos**: Revista Científica Interdisciplinar, Bom Jesus do Itabapoana, v. 1, n. 1, 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**: Tradução: Laura Teixeira. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime Domingues. **A dimensão cultural do direito à alimentação**: as facetas do multiculturalismo e seus reflexos para a inclusão social e pessoas e grupos. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=102e333dd822c1d9>. Acesso em: 03 nov. 2024.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. **Saúde e Sociedade**, v. 12, n. 1, p. 51-60, jan.-jun. 2003.

ZIEGLER, Jean. **Destruição massiva**. São Paulo: Cortez Editora, 2012.

ZIMMERMANN, Clóvis Roberto; LIMA, Jônia Rodrigues de. **Direito Humano à Alimentação e Terra Rural**. v. 3. Curitiba: Plataforma DhESCA, 2008.

AS IMPLICAÇÕES DA AUSÊNCIA DE EDUCAÇÃO E TECNOLOGIAS NA CIDADANIA, NO CONTEXTO BRASILEIRO DE DESIGUALDADES

Gabriela de Moraes Neves¹
Ludmila Cunha da Silva²
Marco Aurélio Lagreca Caramasso³

OBJETIVOS

O presente trabalho tem como objeto a garantia do direito à educação para o exercício de uma plena cidadania digital no contexto brasileiro de desigualdades, através da análise teórica bibliográfica, brevemente quantitativa e qualitativa. É possível aplicar o conceito de cidadania digital no Brasil?

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR). E-mail: gabrielamoraesneves@id.uff.br. Currículo Lattes sob o link: <http://lattes.cnpq.br/8675452606223378>

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense (PUVR). E-mail: ludmilac@id.uff.br. Currículo Lattes sob o link: <http://lattes.cnpq.br/2041529272580825>.

³ Doutor em Direito do Estado pela PUC-SP, Mestre em Teoria do Estado e da Constituição e Bacharel em Direito pela PUC-RIO. Professor Associado em regime de dedicação exclusiva do Curso de Direito na Universidade Federal Fluminense (UFF-VDI); Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF); Professor colaborador do Curso de Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios (PPGDIN-UFF). E-mail: marcocasamasso@gmail.com. Currículo Lattes sob o link: <http://lattes.cnpq.br/0912676774902046>.

ABORDAGEM TEÓRICA

Há quem diga que não é possível falar de cidadania sem citar Thomas Marshall. Sua contribuição para este assunto é indiscutível, mas pode ser argumentado que seus estudos estão muito longe da nossa realidade, tanto em tempo como em espaço. As peculiaridades latinoamericanas devem prevalecer num estudo que trata sobre o Brasil, ou ainda, as especificidades do caminho percorrido nacionalmente. No mesmo raciocínio, acredita-se que seja necessário um recorte temporal e que discutamos o cenário a partir da nossa Constituição de 1988, com o início da construção da nossa democracia e consolidação de alguns direitos. Assim entende José Murilo de Carvalho.

Na Inglaterra, primeiro surgem as liberdades civis, cujos louros de sua inicial conquista podem ir para o Judiciário, seguidos dos direitos políticos, em sua gênese ligados aos partidos e Legislativo, e por fim, votaram-se os direitos sociais, colocados em prática pelo Executivo. Entretanto, em suas palavras: “Seria tolo achar que só há um caminho para a cidadania”. (Carvalho, 2016, p. 220).

O autor entende que a cronologia dos direitos conquistados foi invertida no Brasil, em comparação ao que é narrado por Marshall. Em período ditatorial, com supressão dos direitos políticos, são implantados os direitos sociais, seguidos dos direitos políticos, ainda que bizarramente implantados numa espécie de representação política do regime, e por último, ainda contemporaneamente e lutando por acessibilidade, os direitos civis (Carvalho, 2016, p. 219). O que deve ser lembrado da versão europeia é o papel dos três poderes para a garantia desses direitos, principalmente no que tange os direitos sociais.

Na inversão da pirâmide no país, os direitos sociais vão passar a ser base. Estes foram implantados em período ditatorial, cuja característica marcante é a centralidade do Executivo. Essas características do início da cidadania no Brasil podem explicar o fascínio nacional com os presidentes, governadores e prefeitos, que faz a população sempre esperar por um milagre, garantia de seus direitos e solução para todos os problemas dentro de um mandato de quatro anos. Mas esse debate sobre a espera do candidato messiânico aqui é

secundário, interessando à presente abordagem teórica outro ponto a ser discutido no próximo parágrafo.

Com a Constituinte de 1988, demos um passo em direção à democracia aprovando aquela que foi apelidada de “Constituição Cidadã”. Os direitos políticos se ampliam, entretanto, “a democracia política não resolveu os problemas econômicos mais sérios, como a desigualdade e o desemprego” (Carvalho, 2016, p. 201). Ampliam-se também os direitos sociais, tendo o progresso mais importante na área da **educação fundamental**.

O progresso mais importante se deu na área da educação fundamental, que é fator decisivo para a cidadania. O analfabetismo da população de 15 anos ou mais caiu de 25,4% em 1980 para 14,7% em 1996. A escolarização da população de sete a 14 anos subiu de 80% em 1980 para 97% em 2000 (Carvalho, 2016, p. 208).

Apesar de datados há muito tempo, esses dados mostram os reflexos do início dessa caminhada, ainda que já destacado pelo autor que “as maiores dificuldades na área social têm a ver com a persistência das grandes **desigualdades sociais** que caracterizam o país desde a independência” (Carvalho, 2016, p. 209). Mesmo no panorama europeu a importância da educação como direito social é destacada, entendendo Marshall o seguinte:

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. [...] A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil. (Marshall, 1967, p. 73)

Se colocarmos como objeto de análise a incidência desses direitos em nosso ordenamento jurídico, vemos que tal vínculo foi expresso pelo artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual se encontra no Capítulo III “Da educação, da cultura e

do desporto” com a seguinte redação: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Portanto, observa-se que a educação preconizada neste artigo, mas também no Art. 6º como um direito fundamental de natureza social, deve ser formalmente garantida pelo Estado, em todo o território nacional.

Dada essa perspectiva, analisemos o momento em que foi anunciada no Brasil a interrupção das atividades escolares em março de 2020 devido a pandemia do coronavírus. Não só as instituições públicas, mas também privadas se viram diante de uma crise. Sem recursos e tempo para preparar a continuidade do ensino, parte dele foi transferido para o ambiente online, ficando ainda mais evidente que na realidade brasileira, para alguns o acesso à educação é um direito, e para outros, um privilégio.

O sistema de ensino brasileiro permanece carregado de desigualdades raciais, de classe e gênero, as quais se mantêm, apesar da tentativa de democratização do ensino. Tais diferenças ficaram ainda mais evidentes nesse período pandêmico, uma vez que as desigualdades de acesso aos meios digitais acentuaram a diferenciação social (Macedo, 2021). Crianças e adolescentes que antes dependiam da escola para ter acesso a informação, cultura e letramento, tiveram essa chance, oportuna pela idade, tirada nesse período. Em situações vulneráveis, não possuíam acesso a computadores, tablets, celulares ou internet para manterem o contato com o ensino remoto.

Essa desigualdade social e digital acentuada em 2020 no Brasil não só é fruto de uma estratificação social, como também é exemplo da necessidade de garantia ao direito à educação e acesso à meios tecnológicos. De acordo com um estudo sociológico elaborado por Rafael Osório (2009), a desigualdade racial e de renda existe e persiste no país, e que pardos e pretos possuem baixa mobilidade social, principalmente devido a grandes diferenças na remuneração e nos níveis educacionais.

Assim, é evidente que as desigualdades intrínsecas à realidade brasileira afetam diretamente o desempenho educacional, não só gerando a dificuldade de acesso, como por

exemplo o simples ato de ingressar em uma escola, mas também pelas discrepâncias entre a qualidade de ensino, como o exemplo das escolas públicas e privadas. Há a necessidade de o sistema escolar se adaptar às particularidades brasileiras, seja em nível pedagógico, seja em nível infraestrutural.

Uma característica dos sistemas educacionais e de sua expansão é que, à medida que um sistema se torna menos desigual em um de seus segmentos, essa equalização pode ser reproduzida nos segmentos seguintes ou então pressionar o sistema escolar de tal forma que a desigualdade se desloca para outras partes do sistema. Se há uma equalização das oportunidades ao longo de vários segmentos do sistema escolar, podemos classificar a situação de “efeito inercial da igualdade” e, se há o deslocamento da desigualdade para outros pontos do sistema, podemos chamar esse efeito de “adiamento da seletividade” no sistema educacional. (Shavit;Yaish; Bar Haim, 2007)

Ao interpretar o histórico do país, é possível perceber no sistema educacional a existência do “adiantamento da seletividade” acima descrito (Ribeiro; Calhares, 2020), haja vista que os patamares de seletividade socioeconômicos no avanço ou permanência nas escolas ainda se mostram presentes, e agravados no período da pandemia pela desigualdade digital. Apesar de a internet ter sido introduzida no Brasil no final da década de 90 para as classes média e alta, apenas se popularizou nos anos 2010 através dos *smartphones*, e ainda assim permaneceu desigual (Mourão, 2021).

Pesquisas feitas pela TIC Domicílios (2019) indicam que 20 milhões de domicílios não possuíam internet, o que corresponde a 28% do total. Nas classes sociais A e B, o acesso à internet era de quase 100% e a posse de computador era 95% e 85%, respectivamente; nas classes D e E, o acesso a internet se reduzia a 50% e a disponibilidade de um computador caía para 14% (TIC Domicílios, 2019). Para além do acesso desigual à internet e a aparatos digitais, o Brasil enfrenta também um déficit no letramento digital, de forma que grande parte dos usuários não possuem o conhecimento necessário para usufruir das novas tecnologias. Desse modo, os analfabetos digitais são privados de se inteirar em atividades

significativas da vida em sociedade, pois os meios digitais estão inseridos na educação, cultura e trabalho. Acerca do uso da internet, Ginzburg afirma:

Para levar a cabo uma pesquisa navegando na web, nós precisamos saber como dominar os instrumentos do conhecimento: em outras palavras, nós precisamos dispor de um privilégio cultural que, como posso dizer com base na minha própria experiência pessoal, é como uma regra ligada ao privilégio social (Ginzburg, 2016).

Ginzburg (2016) apresenta os aparelhos de uso e o domínio da internet como um privilégio cultural e social, mas tendo o uso dessas ferramentas como um meio de acesso a educação, que durante a pandemia se tornou o único, a conectividade deveria ser um direito básico, mas se mantém um privilégio. Dados da pesquisa Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC) Educação (2020), apontam que 14% das escolas públicas utilizam algum ambiente ou plataforma digital de aprendizagem em 2019, e nas escolas particulares a porcentagem é de 64%. Nesse cenário, muitos estudantes perderam a garantia do direito à educação, e diante da crise, foram necessárias medidas paliativas para a tentativa de manutenção do ensino, gerando uma defasagem no desenvolvimento escolar do país (Mourão, 2021).

Sabemos, por meio de Marshall, que a formação de cidadãos funcionais depende da garantia da educação na infância, visto que esse tipo de investimento em jovens e crianças reflete no cidadão que elesse tornarão e na cidadania que irão exercer (1967, p. 73). É certo que isso esclarece a importância da educação para a cidadania, assim como outros argumentos aqui já trazidos, mas, como também foi mostrado no período pandêmico, o acesso às redes de internet se torna cada dia menos opcional e passa a ser uma necessidade.

Pode-se especular a existência de dois reflexos da tecnologia na cidadania: aqueles derivados da limitação da educação por falta de acesso ou letramento em plataformas digitais; ou ainda, aqueles que decorrem diretamente da exclusão digital, afetando a participação na herança social e na vida em sociedade. Essa primeira linha seria vinculada aos direitos sociais, e sua garantia é necessária para o exercício da cidadania. Na segunda

linha, a lógica se inverte: a cidadania exercida por meios tecnológicos, como por exemplo o voto com uso dos e-títulos, é que serão meios para atingir plenamente os direitos políticos e civis.

Segundo informações do site oficial do TSE (2022), Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2022, em que ocorreram as eleições presidenciais, houveram mais de 13 milhões de ativações do aplicativo e-Título. Às vésperas das eleições, cerca de 30 milhões de eleitores já haviam ativado o aplicativo, que é gratuito e oferece serviços como: obtenção da via digital do título de eleitor, consultas ao local de votação, justificações de ausências, entre outros (TSE, 2022).

No mesmo ano, o número de eleitores aptos a votar era de 156.454.011 milhões, logo, os eleitores cujos aplicativos foram validados correspondem a cerca de 19%. A concentração regional está no sudeste, onde estão presentes 42,64% dos eleitores totais, também existindo um aumento no número de eleitores totais em relação a 2018, ocasião em que eleitores aptos a voto eram 147.306.275 (TSE, 2022).

Muitos fatores podem influenciar nesse tipo de estatística, entretanto, pode-se observar o grande número de eleitores que passam a depender de meios digitais, como os *smartphones*, para exercer seu direito ao voto, além de uma tendência ao crescimento desse número, se este for proporcional ao aumento do número de eleitores. Cabe ressaltar que a gratuidade pode ser um fator relevante neste aumento, mas que tem vinculação apenas ao quantitativo, devendo o poder público encontrar formas de instruir a população ao uso destas ferramentas.

Nessa perspectiva, dependemos cada vez mais de meios tecnológicos, de forma acessível e de uso facilitado, para exercer plenamente nossos direitos e cumprir com nossos deveres como cidadãos. Populações das regiões do Brasil que possuem menos acesso, se tornam excluídas digitais e passam a ser privadas dessa participação, como acima demonstrado, refletindo mais uma vez essa desigualdade.

Ao falar de desigualdade social e ferramentas tecnológicas, é impossível não trazer novamente as consequências do contexto pandêmico na educação. De acordo com dados

da Rede de Pesquisa Solidária, boletim nº22 de agosto de 2020, a ausência de internet e as baixas velocidades de conexão foram os principais fatores de exclusão dos estudantes mais pobres durante esse período.

A combinação entre desigualdades pré-existentes e ausência de uma política de educação coordenada ao longo da pandemia pode ser observada com os dados da Pnad-Covid de julho de 2020. A pesquisa perguntou se a escola disponibilizou atividades escolares durante a pandemia. Quase um quarto dos estudantes não teve qualquer atividade, somando um total de 8,3 milhões de crianças. Entre as famílias mais pobres, o percentual chegou a 30%. A tendência é semelhante entre as faixas etárias, mas a diferença entre os mais pobres e os mais ricos supera os 20 pontos percentuais para os dois grupos mais velhos (11 a 14 e 15 a 17 anos). (Rede de Pesquisa Solidária, 2020)

Os levantamentos dos pesquisadores da Rede (2020) se preocuparam em auxiliar no aperfeiçoamento das políticas públicas dos governos federal, estaduais e municipais em meio a essa crise mundial. Eles também mostraram outras preocupações concernentes à diferença de proficiência das classes alta e baixa, perda do ano letivo, número estimado de horas despendidas em atividades escolares em casa, o qual teve grande discrepância com base na renda e região onde reside o aluno, entre outras. Restou, ao final da pesquisa, que as medidas adotadas pelos ministérios da educação e saúde foram pouco eficientes ou tardias para garantir o direito à educação dos estudantes (Rede de Pesquisa Solidária, 2020).

Dessa forma, tendo sido explicadas a importância e dependência que a educação gera à cidadania, não é exagero afirmar que os estudantes cujo ensino fundamental foi comprometido, terão um vício em seu exercício da cidadania no futuro, até a idade adulta. Assim pensa Marshall:

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente, sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. (Marshall, 1967, p. 73)

O avanço da internet trouxe novos jeitos de trabalhar, estudar e exercer a vida em comunidade, e com isso, novos desafios se apresentaram. A sociedade está cada vez mais dependente da tecnologia, criando um ambiente mais complexo, que quando desacompanhado de letramento digital, cria insegurança na inclusão social, cultural, civil e econômica (Netsafe, 2018). A formação de cidadãos digitais precisa ser um processo estruturado e planejado, a fim de se tornar uma poderosa ferramenta para o desenvolvimento do país.

A Netsafe, uma rede de pesquisa da Nova Zelândia, define a cidadania digital como a combinação de um uso confiante de habilidades e estratégias para acessar a tecnologia para a comunicação, conexão e criação. A cidadania digital abarca também atitudes guiadas por valores que mantêm a integridade pessoal e relações saudáveis com os demais, além de um entendimento do ambiente digital e de como ele pode ser útil em diferentes contextos (Netsafe, 2018).

O cidadão digital participa da vida cívica, social, cultural e econômica no meio online, e ele só existe quando dotado de letramento digital, que consiste em ter iniciativas digitais com conhecimento das tecnologias de forma que é capaz de desenvolver suas habilidades. Assim, é necessário a criação de um ambiente favorável ao desenvolvimento da cidadania digital, e para isso, a população deve se conscientizar acerca dos riscos do mau uso da internet e da importância da segurança digital através de estratégias que promovem a utilização da tecnologia de forma responsável e produtiva, principalmente nas escolas (Netsafe, 2018).

Dessa forma, a formação do cidadão digital não se concretiza apenas inserindo a tecnologia em todos os espaços acadêmicos, nem em todos os âmbitos de exercício da cidadania. Essa formação acontece de forma efetiva quando acompanhada de estratégias de aprendizagem e apropriação desses espaços com autonomia e de condições facilitadas para que os habitantes exerçam seu papel de cidadãos de forma independente no seu entorno (Galindo, 2009).

A cidadania digital tem o potencial de humanizar as tecnologias, uma vez que com a troca de informações e a comunicação formam uma comunidade capaz de manter a internet e as novas tecnologias mais seguras e repletas de recursos para uma participação ativa na educação, cultura e política. Diante da importância do letramento digital, os educadores devem manter-se sempre atualizados e informados para transformar a implementação da tecnologia nas escolas e na cidadania.

Retomando os pensamentos de José de Carvalho (2016, p. 212), “o fator mais importante no que se refere ao conhecimento dos direitos é a educação”, também sendo o que mais bem explica o comportamento das pessoas em relação ao exercício dos direitos civis e políticos. Isso não se altera quando falamos da tecnologia, muito menos da cidadania. Entende-se que somente através da educação de qualidade e acessível, garantida pelo poder público, é que os indivíduos alcançarão sua plenitude como parte da sociedade e do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Com base nos dados e informações levantadas, tem-se que ainda existem muitos impedimentos para a formação de cidadãos funcionais e autônomos no Brasil. Considerando o papel basilar da educação nesse paradigma, nosso país ainda possui um longo caminho a percorrer: as desigualdades socioeconômicas, como também raciais e regionais, impedem que os direitos preconizados pela Constituição da República Federativa do Brasil sejam garantidos. Sem educação, não é possível exercer a plena cidadania. Sem tecnologias e instrução de seu uso, não é possível ser educado e conhecer seus direitos e deveres. Portanto, a aplicação do conceito de cidadania digital no Brasil é inconcebível no momento atual, diante do déficit de instrução digital e educação básica observados através dos abismos criados pela desigualdade.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 22 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

MACEDO, Renata. **Direito ou privilégio? Desigualdades digitais, pandemia e os desafios de uma escola pública**. Estudos Históricos Rio de Janeiro, vol 34, nº 73, p.262-280, maio-agosto 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/eh/a/SGqJ6b5C4m44vh8R5hPV78m/?lang=pt#>. Acesso em: 11 mai. 2024.

OSÓRIO, R. G. **A desigualdade racial de renda no Brasil: 1976-2006**. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2009.

SHAVIT, Y; YAISH, M; BAR HAIM, E. **The persistence of persistent inequality**. In: STEFANI, S. et al. (orgs.). *Origin to Destination: Trends and Mechanisms in Social Stratification Research*. Chicago: Chicago University Press, 2007. p. 37-57

Ribeiro, C. A. C., & Carvalhaes, F. Estratificação e mobilidade social no Brasil: uma revisão da literatura na sociologia de 2000 a 2018. **BIB - Revista Brasileira De Informação Bibliográfica Em Ciências Sociais**, v. 92, p. 1–46, 2020. Disponível em: <https://bibanpocs.emnuvens.com.br/revista/article/view/504/479>. Acesso em: 10 set. 2024.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. **Pesquisa TIC Domicílios 2019: principais resultados**. 2019. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 20 ago. 2024.

GINZBURG, C. **A internet é um instrumento potencialmente democrático**. 2016. Disponível em: <https://www.fronteras.com/artigos/carlo-ginzburg-a-internet-nao- apenas-remete-aos-livros-como-tambem-pressupoe-livros-1427135419>. Acesso em: 20 ago. 2024.

CENTRO REGIONAL DE ESTUDOS PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA
INFORMAÇÃO. **Pesquisa TIC Educação**. 2020. Disponível em:
<https://www.cetic.br/pesquisa/educacao/>. Acesso em: 20 ago. 2024.

TSE, e-Título é o aplicativo mais baixado em lojas Android e iOS. **Tribunal Superior Eleitoral**,
25 de setembro de 2022. Disponível em:
<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Setembro/e-titulo-e-o-aplicativo-mais-baixado-em-lojas-android-e-ios>. Acesso em: 20 ago. 2024.

TSE, Brasil tem mais de 156 milhões de eleitoras e eleitores aptos a votar em 2022.
Tribunal Superior Eleitoral, 15 de julho de 2022. Disponível em:
<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Julho/brasil-tem-mais-de-156-milhoes-de-eleitoras-e-eleitores-aptos-a-votar-em-2022-601043>. Acesso em: 20 ago. 2024.

REDE DE PESQUISA SOLIDÁRIA. **Nota Técnica nº 22**, de 28 de agosto de 2020. Disponível
em: https://redepesquisasolidaria.org/wp-content/uploads/2020/09/boletimpps_22_28agosto.pdf. Acesso em: 12 mai. 2024.

NETSAFE. **From Literacy to Fluency to Citizenship: Digital Citizenship in Education**, 2ª ed..
Wellington, Nova Zelândia. 2018. Disponível em: https://netsafe.org.nz/the-kit/wp-content/uploads/2018/07/From-literacy-to-fluency-to-citizenship_July-2018.pdf. Acesso
em: 15 mai. 2024.

GALINDO, Jairo Alberto. **Ciudadanía digital Signo y Pensamiento**, v. 27, n. 54, p. 164-173,
Pontificia Universidad Javeriana Colombia, 2009. Disponível em:
<https://www.redalyc.org/pdf/860/86011409011.pdf>. Acesso em: 15 mai 2024.

ALGORITMOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR: O IMPACTO DA IA NO AMBIENTE DE TRABALHO

Daniel de Moura Oliveira¹

1 INTRODUÇÃO

No limiar de uma nova era tecnológica, a inteligência artificial (IA) emerge como uma força transformadora no ambiente de trabalho. A utilização de novas tecnologias como a Inteligência Artificial e a economia dirigida por dados se fortalecem cada vez mais na chamada quarta revolução industrial - ou sociedade 4.0. No século XXI, dados pessoais são a nova matéria prima e a Inteligência Artificial o sistema que processa a grande quantidade de dados para aprender a perceber, interpretar e interagir com o ambiente externo, para fazer previsões, recomendações, classificações e decisões que afetam as nossas vidas. Nesse cenário, tem sido recorrente o tratamento de dados pessoais para a tomada de decisões autônomas, sem a interferência humana, as chamadas decisões automatizadas.

O uso de algoritmos de inteligência artificial é muito bem-vindo e de fato pode agilizar processos dentro dos Departamentos Pessoais e Recursos Humanos. Não é fácil para um ser humano analisar milhares de currículos ou avaliar a performance de dezenas de

¹ Mestre em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ); Pós-graduado em Compliance, LGPD e Prática Trabalhista pelo Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV); Graduado em Direito pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio (MACKENZIE-RJ). Advogado. E-mail: dmooliveira@hotmail.com. Link para o currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2585484310582225>

trabalhadores em pouco tempo. Os algoritmos de tomada de decisão podem auxiliar esses departamentos e agilizar os processos. No entanto, é necessário que essa ferramenta seja utilizada de forma responsável para não violar os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Este trabalho aborda a crescente adoção de algoritmos de inteligência artificial nas relações de trabalho, explorando um campo ainda pouco investigado na literatura jurídica: a responsabilidade civil do empregador diante de decisões automatizadas tomadas por esses algoritmos. Busca-se esclarecer conceitos como inteligência artificial, algoritmos, poder algorítmico do empregador, discriminação algorítmica e a responsabilidade civil diante desses novos desafios. O objetivo central é responder à seguinte pergunta: qual é a responsabilidade civil do empregador em casos de discriminação algorítmica?

A metodologia utilizada foi a pesquisa documental, por meio da análise de documentos legais e artigos científicos. O método de abordagem para a execução da pesquisa será o indutivo, o qual partirá da análise de situações concretas para se chegar ao resultado. Como método de procedimento, adotar-se-á o monográfico e, quanto à técnica de pesquisa, a documental e bibliográfica, pautada na coleta de dados e pesquisa a artigos e a obras contemporâneas, à legislação e a páginas de web de sites relacionados ao tema.

2 NOVAS TECNOLOGIAS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E TRANSFORMAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Na década de 1940, a inteligência artificial (IA) começou a ser explorada com a introdução das redes neurais e o trabalho de Claude Shannon em programação de xadrez. Alan Turing propôs o Teste de Turing em 1950, e o primeiro neurocomputador, a calculadora SNARC, surgiu em 1951. Apesar dos avanços, a capacidade das máquinas ainda era limitada em comparação aos smartphones atuais. A IA enfrentou períodos de estagnação conhecidos como "invernos da IA" nas décadas de 1970, 1980 e 1990.

Com o advento da internet comercial e a abundância de dados, a IA entrou em uma nova fase, marcada pelo surgimento do Google e o avanço em Big Data e Aprendizado de

Máquina. O termo "inteligência artificial" foi cunhado em 1956 por John McCarthy e colegas em um workshop que estabeleceu a IA como campo de estudo. Herbert Simon e Allen Newell desenvolveram o primeiro programa de IA, e Frank Rosenblatt criou o 'Perceptron' em 1957.

Marvin Minsky define IA como a construção de programas que realizam tarefas humanas complexas, como aprendizagem perceptiva e raciocínio crítico (Barthie, 2017, p. 45). A IA inclui subáreas como processamento de linguagem natural, representação do conhecimento, raciocínio automatizado, visão computacional, robótica, e aprendizado de máquina (Machine Learning). Arthur Samuel cunhou o termo "Machine Learning" em 1959, definindo-o como o campo que permite aos computadores aprender sem programação explícita (Filho, 2018, p. 34).

Algoritmos, códigos de programação para executar tarefas, ganharam destaque com o aumento de dados na internet. Eles não se restringem a sistemas computacionais, podendo ser aplicados a tarefas cotidianas, como se vestir ou pegar um ônibus (Mendes; Mattiuzzo, 2019, p. 4). Segundo Pedro Domingos, algoritmos são sequências de instruções que controlam os transistores dos computadores para realizar tarefas (Domingos, 2018, p. 21).

O algoritmo constitui em “uma sequência finita e lógica de instruções executáveis, especificadas em determinada linguagem, que mostram como resolver determinado problema” (Boratti, 2007, p. 55). Compreendem a entrada de informação (inputs), as instruções e a saída de informação (outputs). Os algoritmos de Machine Learning (aprendizado de máquina ou ML) têm sido os mais estudados no campo da inteligência artificial. A Machine Learning, ou aprendizado de máquina é um “subcampo da IA, mas cresceu tanto e foi tão bem-sucedido que ofuscou sua orgulhosa mãe” (Domingos, 2017, p. 39). Seu destaque se deve pela capacidade de escrever seus próprios programas.

Até recentemente, a falta de dados suficientes limitava o desenvolvimento de algoritmos de aprendizagem de máquina. No entanto, com a chegada dos smartphones, que coletam uma vasta quantidade de dados dos usuários, e o crescente uso de plataformas

como Google, Facebook e Instagram, surgiu o Big Data, impulsionando significativamente o Machine Learning. Hoje, esses algoritmos podem classificar e recomendar informações com base em grandes conjuntos de dados, como filtrar spam de e-mail e personalizar recomendações na Netflix e feeds de notícias. Estes algoritmos são projetados para solucionar problemas e auxiliar na tomada de decisões, fazendo previsões com base em probabilidades. A precisão de suas recomendações depende da quantidade e qualidade dos dados fornecidos.

Os dados são os inputs que os algoritmos necessitam para oferecer respostas relevantes. Com a utilização da quantidade crescente de informações disponíveis levou ao crescimento exponencial de sua utilização e de seu impacto em nossas vidas. O termo Big Data foi cunhado para traduzir esse fenômeno.

Os algoritmos, que são códigos de programação para realizar tarefas específicas, tornaram-se proeminentes com o aumento de dados na internet, gerados diariamente por usuários. Esses algoritmos, que vão além de sistemas computacionais e se aplicam a situações cotidianas, são cruciais em sistemas de Inteligência Artificial, baseando-se em dados históricos para fazer previsões probabilísticas. Eles visam resolver problemas e auxiliar na tomada de decisões, com a precisão dependendo da quantidade e qualidade dos dados fornecidos. Com o fenômeno do Big Data, sua aplicação abrange desde previsões de desastres climáticos até comportamentos individuais. Contudo, a capacidade preditiva dos algoritmos levanta importantes questões éticas e sociais, enfatizando a necessidade de uma análise crítica para garantir que estejam alinhados com valores humanos e princípios éticos na era digital.

Com o avanço tecnológico, o mundo do trabalho enfrenta transformações profundas, marcadas pela automação de processos. Embora essas mudanças tragam benefícios em eficiência e inovação, também podem agravar desigualdades e levantar desafios éticos e sociais. Ao longo da história, o trabalho tem sido uma força motriz do desenvolvimento humano, econômico e tecnológico, adaptando-se às mudanças sociais. Na

sociedade atual, a integração de tecnologias avançadas redefine os paradigmas do trabalho, mas também traz consigo a precarização e riscos aos direitos fundamentais do trabalhador.

Nesse contexto, Klaus Schwab, criador do Fórum Econômico Mundial, identifica o surgimento de uma nova revolução industrial, cujas principais características incluem a digitalização e a difusão generalizada da internet, o desenvolvimento de sensores computacionais mais compactos e acessíveis, a crescente utilização de inteligência artificial e o aprendizado automático das máquinas (Schwab, 2016, p. 15).

Tecnologias como IoT (Internet das Coisas), aprendizado de máquina, sistemas ciberfísicos, inteligência artificial, robôs, Big Data e algoritmos estão se tornando cada vez mais integradas ao cotidiano de milhões de pessoas. Os algoritmos, em particular, exercem uma influência significativa e muitas vezes sutil, afetando desde a produtividade até as emoções dos trabalhadores no ambiente de trabalho. Esta algoritmização onipresente na sociedade contemporânea levanta questões importantes sobre seus impactos profundos, especialmente na forma como as pessoas interagem com a tecnologia e como ela influencia a subjetividade humana.

No setor produtivo, essas inovações tecnológicas estão transformando drasticamente o gerenciamento e a operação das fábricas. A interconexão de uma ampla gama de dispositivos inteligentes, facilitada pelo uso da Internet das Coisas, computação em nuvem e inteligência artificial, permite uma maior integração e comunicação autônoma entre diferentes etapas da cadeia de valor global. A automação, impulsionada pelo aprendizado de máquina, permite que as máquinas aprendam umas com as outras e tomem decisões autônomas, afetando diretamente o ritmo produtivo nas fábricas, sintetizando assim a nova realidade da era digital.

Aparecem as "fábricas inteligentes" que, ao integrar os processamentos físicos e virtuais das etapas produtivas (Schwab, 2016, p. 20), levam ao extremo o conceito de produção sob demanda e Lean Manufacturing, que o Toyotismo busca como objetivo produtivo (Harvey, 2008, p. 55; Antunes, 2018, p. 34).

No auge do processo de acumulação flexível, a automação e a robotização emergem como paradigmas produtivos, representando um desafio crucial para a natureza dinâmica do trabalho. Como símbolos dessa era altamente digitalizada, destacam-se os serviços prestados no ambiente virtual dos prósperos negócios das plataformas digitais.

A despeito de todo o otimismo que permeia a cadeia produtiva, o futuro parece não ser tão promissor para todos os elos dessa corrente.

De acordo com Ricardo Antunes, a situação atual do trabalho resulta em uma autêntica "escravidão digital", que molda um "novo proletariado da era digital" (2018). Nesse cenário, os trabalhadores estão diretamente inseridos no escopo de controle das corporações transnacionais (Huws, 2019, p. 134), que, por meio de abordagens como a terceirização, informalidade e flexibilização, promovem "[...] uma dinâmica contraditória, que combina tecnologias do século XXI com condições de trabalho legadas do século XX" (Antunes, 2018, p. 39).

A inteligência artificial (IA) está revolucionando a análise de dados e automação em diversas indústrias, de assistentes virtuais a diagnósticos médicos. No entanto, sua integração nas relações de trabalho levanta preocupações sobre redução de empregos, privacidade e discriminação algorítmica. Os algoritmos, projetados por empresas tecnológicas e alimentados por dados online dos usuários, moldam a interação entre tecnologia e vida cotidiana (Callejón, 2023).

A coleta incessante de dados, inserida no capitalismo de vigilância, compromete a privacidade e alimenta um ciclo de vigilância digital (Koerner, 2021, p. 40). Isso levanta questões sobre a lesão dos direitos fundamentais, desde a privacidade das comunicações até a invasão da intimidade (Callejón, 2023, p. 7).

A filosofia do dataísmo de Yuval Noah Harari transforma a teoria científica em uma visão que exalta o "fluxo de informação" como valor supremo, alertando para os perigos da fé cega nos algoritmos (HARARI, 2016, p. 333). O dataísmo, ao transformar aspectos da vida em dados, ressalta a necessidade de reflexão ética para evitar que a IA ignore aspectos essenciais da experiência humana e viole direitos fundamentais. No ambiente de trabalho,

a IA influencia contratações e demissões, oferecendo benefícios como automação, mas também desafios relacionados ao controle humano e decisões discriminatórias.

Algoritmos modernos, utilizados para quantificar conhecimento e criar rankings, impactam a vida das pessoas, como no sistema de pontuação social da China. Apesar de influenciarem o acesso a serviços e direitos, enfrentam desafios como limitações metodológicas e a necessidade de uma abordagem equilibrada. Na gestão de recursos humanos, esses algoritmos estão otimizando decisões estratégicas e processos, refletindo a busca por eficiência e inovação no ambiente de trabalho.

“Nas últimas cinco décadas”, empregadores adotaram “práticas de gestão de força de trabalho em áreas como contratação, avaliação e promoção”. O envio de currículos, antes feito por correio, migrou para o ambiente virtual, “sendo alocado em sites das próprias empresas ou em plataformas como LinkedIn e Catho”. Avaliações, que antes eram realizadas diretamente pelos chefes ou gestores setoriais, agora, com a terceira revolução industrial, são conduzidas por algoritmos. “Essas ferramentas digitais avaliam dados para decidir sobre promoções ou desligamentos” (FILHO, 2022, p. 121-122).

Empregadores estão cada vez mais integrando algoritmos e inteligência artificial nas diversas etapas do ciclo de vida dos trabalhadores, desde a seleção até o término dos contratos. Estes algoritmos são usados para coletar e analisar dados, objetivando decisões mais rápidas e precisas em áreas como seleção e avaliação de desempenho. Empresas como a HireVue e a GapJumpers exemplificam essa tendência, utilizando IA para otimizar processos seletivos e análise de candidatos.

Além de influenciar nas contratações, os algoritmos desempenham um papel crucial nas decisões de demissão, como ilustrado pelo uso de um algoritmo pela companhia aérea portuguesa TAP para determinar demissões com base em produtividade e custos. Esta crescente dependência de algoritmos em recursos humanos é evidenciada também em outros casos, como na Rússia, onde a empresa Xsolla demitiu funcionários considerados “improdutivos” por recomendação algorítmica. Este cenário, marcado pela influência dos algoritmos na gestão de pessoal, levanta questões importantes sobre a objetividade e a ética

na tomada de decisões no ambiente de trabalho. Então, o prefeito resolveu implementar um plano para erradicar os professores de baixa performance. A escolha foi desenvolver uma ferramenta de avaliação de professores chamada “IMPACT”, e no fim do ano letivo de 2009-2010, o distrito de Washington demitiu todos os professores cujas pontuações os colocavam entre 2% inferiores, sendo que no ano letivo seguinte, outros 5%, ou 206 professores foram dispensados (O’neal, 2020, p.10).

Nesse contexto, a presença determinante dos algoritmos em todo o ciclo de vida do trabalhador faz nascer um novo tipo de subordinação, chamada de “subordinação algorítmica”, gerando uma confusão no empregado sobre quem, de fato, é seu superior hierárquico, o algoritmo ou o homem.

O advento da inteligência artificial (IA) e sua crescente aplicação nas relações de trabalho suscita considerações éticas relevantes. Há muito tempo, alertas têm sido emitidos sobre a importância de abordar a IA e a robótica com responsabilidade. No conto de 1942 intitulado “Runaround”, o escritor de ficção científica Isaac Asimov delineou três leis para máquinas que podiam perceber seu ambiente, processar informações e então agir.

A história apresenta um “Manual de Robótica, 56 ed”. de 2058, que estabelece: 1. Um robô não pode ferir um ser humano ou, por inação, permitir que um ser humano sofra algum dano; 2. Um robô deve obedecer às ordens dadas por seres humanos, exceto quando tais ordens entrarem em conflito com a Primeira Lei; 3. Um robô deve proteger sua própria existência, desde que tal proteção não entre em conflito com as Primeira ou Segunda Leis (Pasquale, 2020, p. 13).

A sociedade atual está no epicentro de uma revolução tecnológica impulsionada por algoritmos, e a responsabilidade ética é a bússola que deve guiar nosso caminho nesse novo território. Frank Pasquali, inspirado nas leis de robótica de Isaac Asimov, propõe quatro novas leis que visam orientar o desenvolvimento ético e responsável de sistemas robóticos e IA na sua recente obra “New laws of robotic”.

O autor argumenta que essas leis são cruciais para direcionar o desenvolvimento tecnológico de maneira ética e socialmente responsável. As leis propostas visam garantir a

complementaridade, autenticidade, cooperação e atribuição entre sistemas robóticos, IA e humanos, ao mesmo tempo em que abordam questões de emprego, humanidade, corridas armamentistas e responsabilidade.

As quatro novas leis propostas pelo professor de direito da Universidade de Maryland são: Lei 1: Sistemas robóticos e IA devem complementar profissionais, não substituí-los; Lei 2: Sistemas robóticos e IA não devem falsificar a humanidade; Lei 3: Sistemas robóticos e IA não devem intensificar corridas armamentistas de soma zero; Lei 4: Sistemas robóticos e IA devem sempre indicar a identidade de seu(s) criador(es), controlador(es) e proprietário(s) (Pasquali, 2020, p. 15- 23).

Em linhas gerais, o autor destaca a importância do uso ético e responsável da inteligência artificial. Pasquale aborda diversas preocupações éticas relacionadas à IA, como a necessidade de políticas que promovam trabalhos significativos, a substituição de empregos perigosos com compensação justa, a distinção entre humanizar a tecnologia e falsificar características humanas, e a limitação do desenvolvimento de IA para evitar riscos como discriminação, corridas armamentistas e vigilância em massa. Portanto, a abordagem do autor ressalta a importância de considerações éticas no desenvolvimento e na aplicação da inteligência artificial.

Pasquale também aborda a crescente utilização da inteligência artificial (IA) na avaliação de candidatos a empregos, com foco na análise de rosto e voz. Essa prática gera preocupações sobre discriminação, dignidade e autonomia dos candidatos. Empresas como PWC, L'Oréal, Mars e Citibank estão utilizando IA com reconhecimento facial e de voz para avaliar candidatos com base em "nervosismo, humor e padrões de comportamento", buscando o "encaixe cultural". Essa tecnologia é vista como a evolução do software de triagem de currículos. No entanto, a discriminação é uma preocupação real, pois o software pode excluir minorias sub-representadas nos dados da IA. Críticos, como feministas, alertam que os "modelos de funcionários" podem refletir preconceitos históricos, como o sexismo. O grupo Upturn recomendou medidas para remover preconceitos desses algoritmos, como permitir novas chances a candidatos eliminados pela IA (Pasquale, 2020, p.130).

Frank argumenta que o uso de IA na seleção de candidatos pode resultar em discriminação, pois os dados podem não representar adequadamente minorias. Se mulheres não integraram equipes de gestão no passado, elas não contribuem para os dados que preveem futuros talentos. O grupo Upturn recomenda medidas para detectar e eliminar preconceitos em algoritmos de contratação (Pasquale, 2020, p. 58).

Diante do aumento significativo da utilização de IA na relação de emprego, é imperativo considerar as implicações éticas e sociais inerentes a essa prática. O risco de discriminação, associado à falta de transparência e representatividade nos dados, destaca a urgência de adotar medidas éticas e regulamentares. A proposta de novas leis de robótica de Pasquale serve como um guia valioso para direcionar o desenvolvimento tecnológico de maneira responsável, priorizando o bem-estar humano e a equidade nas relações de trabalho. A reflexão sobre os impactos humanos das tecnologias emergentes é fundamental para garantir um futuro onde a inovação tecnológica coexista harmoniosamente com os valores fundamentais da sociedade.

3 DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA, PODER EMPREGATÍCIO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A discriminação se manifesta de várias formas e contextos, incluindo no ambiente de trabalho com a crescente adoção de algoritmos e IA. A discriminação algorítmica pode perpetuar injustiças e violar direitos fundamentais, destacando a necessidade de regular criticamente o poder empregatício para prevenir tais práticas. As empresas enfrentam o desafio de usar IA de forma ética e legal, protegendo os trabalhadores contra discriminação e limitando o poder empregatício.

A discriminação é definida como tratamento diferenciado baseado em características específicas, resultando em desvantagens sociais e jurídicas. A discriminação direta envolve ações que impõem danos baseados em critérios como raça, gênero, ou religião (Ferrari, 2023, p. 115), enquanto a indireta emerge de práticas neutras que afetam desigualmente indivíduos (Ibid.). Discriminação negativa refere-se ao tratamento arbitrário

violando o princípio de igualdade, enquanto a positiva visa alcançar a igualdade material, como nas cotas raciais.

A discriminação algorítmica surge quando sistemas julgam indivíduos com base nas características de seus grupos, ignorando características individuais (Mendes, 2019, p. 10). Laura Schertel e Marcela Mattiuzzo utilizam a discriminação estatística para criar uma tipologia que inclui: (i) discriminação por erro estatístico; (ii) discriminação por generalização; (iii) discriminação pelo uso de informações sensíveis; e (iv) discriminação limitadora do exercício de direitos (Ibid., p. 14). Cada tipo apresenta desafios específicos, como erros no algoritmo ou uso de dados sensíveis, exigindo uma abordagem jurídica adaptativa.

O combate à discriminação algorítmica requer vigilância jurídica e adaptações legislativas para garantir que práticas algorítmicas não perpetuem desigualdades. O direito contemporâneo deve evoluir para abordar essas formas complexas de discriminação, garantindo justiça e igualdade em uma sociedade influenciada pela tecnologia.

Como vimos no capítulo anterior, as empresas e consultorias de RH têm utilizado ferramentas de seleção de profissionais por meio da IA, que obtêm toda a informação que existe na internet sobre um candidato para posteriormente oferecer um diagnóstico sobre ele (SIGNES, 2019, p. 9). Não há dúvidas de que esses sistemas trazem benefícios, principalmente no que concerne aos custos operacionais e a agilidade na contratação. Porém, é importante lembrar que a sua utilização pode trazer riscos de discriminação aos trabalhadores.

Alguns autores têm alertado sobre o tema. Selma Carloto, por exemplo, afirma que “uma das problemáticas” “é a possibilidade de tratamento diferenciado, de uma discriminação negativa do titular de dados” (Carloto, 2021, p. 35). Thiago Junqueira, afirma que “os recrutadores devem ter em mente que no estágio atual os sistemas de IA não são capazes de fazer uma boa análise das designadas soft skills, ou seja, das habilidades ligadas nos relacionamentos interpessoais”, porque ainda que essa tecnologia “possa auxiliar na seleção prévia de candidatos, ela está longe de ser a panaceia dos empregadores”

(Junqueira, 2021, p. 8). Cathy O'Neil afirma que "Os privilegiados são analisados por pessoas; as massas, por máquinas" (O'Neil, 2018, p. 153)

A Inteligência artificial, o uso de algoritmos e o Big-data têm possibilitado ao empregador a elaboração de perfis dos trabalhadores, permitindo que a própria tecnologia substitua os superiores hierárquicos e os responsáveis de recursos humanos. No recrutamento e seleção, em avaliações internas e na dispensa, os algoritmos estão tomando decisões que geram efeitos legais sobre os trabalhadores.

A era digital trouxe consigo um fenômeno crescente na área jurídica: a discriminação algorítmica. Esta se manifesta em diversas formas e em diferentes setores, levantando questões complexas sobre igualdade, justiça e ética no ambiente de trabalho e na sociedade. Passaremos a analisar seis casos emblemáticos que ilustram a discriminação algorítmica e suas repercussões jurídicas.

Um estudo de Stanford revelou que a remuneração das motoristas da Uber era cerca de 7% menor do que a dos motoristas homens, devido à maior velocidade de direção dos homens (Bramante, 2023, p. 154). Este caso exemplifica como algoritmos podem perpetuar desigualdades indiretas, mesmo sem intenção explícita de discriminação.

O Tribunal de Bologna constatou que o algoritmo da Deliveroo, ao distribuir trabalho e remuneração com base apenas na produtividade, ignorava as dificuldades de acesso dos trabalhadores à plataforma. Isso resultou em efeitos discriminatórios e desconsideração das vicissitudes dos trabalhadores (Ibid., p. 153). A H&M foi multada em 35,3 milhões de euros por armazenar ilegalmente informações sobre a vida privada dos funcionários, incluindo problemas familiares e crenças religiosas (Ibid., p. 155). Este caso destaca a importância da privacidade e dos limites éticos na coleta de dados. A Xsolla demitiu 150 funcionários com base em um algoritmo que os considerou "improdutivos". O diretor-executivo afirmou à Forbes que não concordava totalmente com o veredito da máquina, mas teve que acatá-lo (Ibid). Este caso mostra o impacto de decisões baseadas exclusivamente em análises algorítmicas.

A Amazon enfrentou discriminação de gênero em seu algoritmo de recrutamento, que, treinado com dados históricos predominantemente masculinos, resultava em seleção tendenciosa (Ibid., p. 154; Reis; Graminho, 2019, p. 8). A Amazon também foi criticada por usar algoritmos para medir produtividade e dispensar empregados, incluindo mulheres grávidas classificadas como ineficientes pelo sistema (Bramante, 2023, p. 154). Este caso demonstra como algoritmos podem desconsiderar circunstâncias humanas, levando a decisões discriminatórias.

Em relação à discriminação algorítmica, é crucial avaliar se o empregador pode utilizar a tecnologia disponível para selecionar ou desligar trabalhadores. Maurício Godinho define o poder diretivo como "o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos" (GODINHO, 2019, p. 792).

Trata-se da prerrogativa que o empregador possui para dirigir a execução da função realizada pelo empregado. Essa prerrogativa encontra aparato legal no artigo 2º, caput, parte final, da Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT). Esse poder divide-se em: (i) poder diretivo ou organizativo; (ii) poder regulamentar; (iii) poder fiscalizatório ou de controle e (iv) poder disciplinar.

O Poder Diretivo do empregador se resume ao direito de determinar como se dará a organização empresarial, seja de seus espaços físicos ou dos processos de trabalho adotados, de acordo com o jurista Maurício Godinho. Em outras palavras, se encontra presente nas mãos do empregador a capacidade de organização de todo o aparato, incluída a gestão da força de trabalho, tendo como consequência a definição de normas, políticas e condições de trabalho. Luiza Riva Sanseverino, jurista italiana, definiu tal poder como o poder atribuído ao empregador "(...) de determinar as regras de caráter predominantemente técnico-organizativas que o trabalhador deve observar no cumprimento da obrigação" (Ibid., p.193).

Leandro Martinez e Ana Paula Didier, observam que o cenário contemporâneo das relações de trabalho vem sofrendo transformações significativas com o crescente emprego

de algoritmos. Essa tendência evidencia uma mudança paradigmática onde o poder diretivo do empregador, tradicionalmente exercido por intermédio de supervisores humanos, está sendo cada vez mais delegado a sistemas algorítmicos. O "poder diretivo algorítmico" manifesta-se de diversas formas, como na alocação de tarefas, avaliação de desempenho e na tomada de decisões relativas à carreira dos empregados.

Esta evolução não apenas altera a dinâmica de controle e supervisão no ambiente de trabalho, mas também levanta questões complexas sobre autonomia, privacidade e justiça na gestão de recursos humanos. Enquanto isso representa uma eficiência operacional inegável, também suscita preocupações acerca da desumanização do ambiente de trabalho e dos potenciais preconceitos inerentes aos algoritmos, o que demanda uma reflexão aprofundada e regulamentação cuidadosa para garantir equidade e transparência nas relações laborais.

Os autores abordam o conceito e as implicações do poder diretivo algorítmico nas relações de trabalho, analisando o papel crescente dos algoritmos e da Inteligência Artificial no ambiente laboral e trazem o conceito de poder diretivo algorítmico. Segundo Martinez e Didier, os algoritmos já estão sendo utilizados para exercer tarefas inerentes ao empregador" (Martinez; Studart, 2021, p. 53). Esse poder diretivo algorítmico pode ser definido como a capacidade dos algoritmos de exercer funções de gestão, controle, fiscalização e punição, tradicionalmente associadas ao empregador.

Os fundamentos e as causas desse poder residem na crescente digitalização e automação dos processos de trabalho, o que é evidenciado pelo texto quando menciona a "atuação cada vez mais constante e intensa dos algoritmos na sociedade e nas relações como um todo" (Ibid.).

A relevância de compreender e controlar a crescente influência dos algoritmos no ambiente de trabalho. Enfatiza-se a necessidade de equilibrar os benefícios tecnológicos com a supervisão humana, responsabilidade ética e respeito aos direitos fundamentais.

O Poder Diretivo não é ilimitado. Para Russomano: "Não podemos esquecer que as ordens emanadas do empregador têm que ser legítimas para que possam ser atendidas pelo

empregado (legítimas à luz da lei, das CCTs e ACTs, das sentenças normativas, dos regulamentos, dos contratos individuais de trabalho, inclusive dos Princípios Gerais de Direito da Equidade)”. (Russomano, 1997, p. 52).

Maurício Godinho afirma que O direito do Trabalho se afirmou, desde o início, como o grande contraponto ao poder empregatício (Godinho, 2023, p. 806/808).

O direito do trabalho, com suas regras e princípios, é um dos limitadores do poder diretivo do empregador. Mas não é só! Com a Constituição de 1988, uma nova barreira a esse poder despontou: os direitos fundamentais também passaram a ser contraponto ao poder diretivo do empregador.

O combate à discriminação é um tema muito importante para o Estado brasileiro. Tanto assim que na Constituição Federal encontramos diversos dispositivos que enunciam o combate à discriminação (exemplos: artigos 3º, IV, artigo 5º caput, artigo 5, I, art. 7, XXX). Portanto, o direito a não discriminação é categoria de direito fundamental. E, como se sabe, no Estado Social de Direito, tanto o Estado quanto a sociedade ampliaram suas atividades e funções. Isso resultou na necessidade de proteger não apenas a liberdade individual contra o Poder Público, mas também contra influências poderosas na sociedade, especialmente na área privada.

Nesse contexto, a compreensão clara da força e da aplicação imediata dos direitos fundamentais, que ocupam o topo da hierarquia das normas, fortaleceu a ideia de que os princípios que os orientam devem ser aplicados nas relações privadas, além de sua eficácia vertical, que se refere aos direitos conferidos aos indivíduos em relação ao Estado.

De acordo com Rodrigo Padilha, a eficácia vertical dos direitos fundamentais impõe obrigações ao Estado, afetando a relação entre o indivíduo e o Estado. Por outro lado, a eficácia horizontal (ou eficácia externa), desenvolvida na década de 50 na Alemanha, relaciona-se ao respeito que os cidadãos devem ter uns pelos outros na sociedade. Isso implica a observância dos direitos fundamentais, como vida, intimidade, vida privada, honra, liberdade de locomoção, pensamento, religião, etc., nas relações entre particulares (Padilha, 2014, p. 256-257).

A ideia de que os direitos fundamentais também devem influenciar as relações privadas, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, é considerada um dos aspectos mais significativos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais (Sarlet, 2012, p. 188). A igualdade e a proibição da discriminação são direitos fundamentais reconhecidos por convenções internacionais e leis nacionais, como a Convenção n.º 111 da OIT e a Lei brasileira 9.029/95. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) também fortalece a proteção dos trabalhadores no contexto digital, abordando decisões baseadas em algoritmos, e o Projeto de Lei 2338/2023 busca regular o uso da IA.

A discriminação algorítmica, resultante da aplicação de inteligência artificial nas relações de trabalho, revela a necessidade urgente de uma abordagem jurídica robusta para enfrentar seus impactos. A utilização crescente de algoritmos no ambiente laboral, desde recrutamento até demissões, não só traz eficiência, mas também levanta sérias preocupações sobre a manutenção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. A discriminação algorítmica pode surgir de práticas que, embora tecnicamente neutras, resultam em desigualdades e injustiças devido a preconceitos ou limitações dos sistemas algorítmicos. Isso exige uma revisão crítica das práticas e um reforço na regulamentação para proteger os trabalhadores contra decisões discriminatórias (Ferrari, 2023, p. 115; Mendes, 2019, p. 10).

Neste contexto, a responsabilidade civil se torna um pilar essencial para garantir que a utilização de IA e algoritmos seja realizada de forma ética e justa. A necessidade de responsabilização jurídica para práticas discriminatórias surge como um imperativo para assegurar que as inovações tecnológicas respeitem os direitos fundamentais e promovam a equidade no ambiente de trabalho. A discussão sobre a aplicação dos direitos fundamentais em relações privadas, conforme os princípios estabelecidos por Padilha (2014, p. 256-257) e Sarlet (2012, p. 188), reforça a importância de integrar a proteção contra a discriminação nas práticas algorítmicas e na regulação do poder empregatício.

4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR NO CONTEXTO DA DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTMICA.

No debate sobre discriminação algorítmica, a responsabilidade civil assume um caráter preventivo e precaucional, priorizando a prevenção de danos. Quando as medidas preventivas falham, a resolução legal é uma opção. A responsabilidade civil se divide entre teorias subjetivas (focadas em culpa ou negligência) e objetivas (baseadas no risco e na relação direta entre ação e dano), sendo essencial para criar novos paradigmas legais na era digital.

A ausência de regulamentação específica para os impactos adversos da IA nos trabalhadores é um desafio. A legislação atual, incluindo a Constituição Federal de 1988, não aborda completamente as tecnologias emergentes, exigindo uma reavaliação do direito do trabalho frente às novas ameaças e oportunidades. A responsabilidade civil do empregador, frente às inovações tecnológicas, é crucial para assegurar práticas seguras e éticas, protegendo os direitos dos trabalhadores contra danos físicos, morais e patrimoniais. A legislação brasileira prevê reparação para práticas discriminatórias no trabalho, como estabelecido pelo artigo 4º da Lei 9.029/95, que assegura readmissão ou pagamento em dobro da remuneração em casos de discriminação. O próximo capítulo examinará a responsabilidade civil do empregador e a legislação vigente em face da automação e tecnologias avançadas.

Tradicionalmente baseada em ação ou omissão, dano e nexo causal (Costa, 2022, p. 6), a responsabilidade civil hoje distingue-se entre subjetiva e objetiva (Silva, 2019, p. 68). Em tecnologias emergentes, a avaliação objetiva dos desenvolvedores é crucial (Wimmer, 2020, p. 388). A discriminação algorítmica destaca a necessidade de cuidar dos dados de treinamento e evitar resultados discriminatórios (Frazão, 2020, p. 506), apesar da "opacidade algorítmica" que dificulta a transparência (Wimmer, 2020, p. 384).

A teoria do defeito de organização considera a falta de medidas adequadas como base para a responsabilidade subjetiva (Teffé; Medon, 2019, p. 472-473). Empresas devem

avaliar rigorosamente a IA e garantir informações claras sobre seus sistemas (Frazão, 2019, p. 506; Ibid., p. 507). O risco de desenvolvimento deve estimular, e não isentar, a responsabilidade dos criadores de IA (Mulholland, 2019, p. 335; Costa, 2022, p. 9; Teffé, 2020, p. 6).

A imprevisibilidade dos sistemas autônomos não deve eximir os desenvolvedores de responsabilidade. A gestão de riscos deve ser a base para a responsabilidade civil objetiva (Tepedino; Guia da Silva, p. x). A teoria do dano injusto, que prioriza a reparação ao invés da culpabilidade, é mais adequada para lidar com discriminação algorítmica (Tartuce, 2010, p. 335; Hironaka, 2005, p. 354; Mulholland, 2019, p. 334-337).

Alguns sugerem usar a responsabilidade objetiva similar à guarda de animais ou objetos (Tepedino, 2019, p. 315), mas críticos apontam que IA e animais têm naturezas distintas (Teffé; Medon, 2019, p. 17; Mulholland, 2019, p. 344). A autonomia da IA e a dificuldade de controlá-la tornam inadequada essa analogia.

A teoria do risco, baseada no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, é mais adequada para atividades arriscadas como a operação de IA, responsabilizando empresas e usuários pelos danos causados (Tepedino, 2019, p. 316). A responsabilidade pode ser solidária entre desenvolvedores, usuários e comerciantes envolvidos (Screiber, 2015, p. 29). Com o avanço da IA, surgem discussões sobre atribuir responsabilidade civil diretamente às máquinas. Algumas propostas incluem conferir personalidade jurídica às IA, como sugerido por David Vladeck e Marco Aurélio de Castro Júnior, permitindo que robôs sejam tratados como "pessoas" jurídicas (Vladeck, 2014; Castro Júnior, 2009).

No entanto, críticos como Mafalda Miranda Barbosa e Caitlin Mulholland argumentam contra essa ideia, destacando a falta de autonomia real das máquinas e a necessidade de adaptar conceitos jurídicos tradicionais (Barbosa, 2017, p. 1483; Mulholland, 2019, p. 339). O Parlamento Europeu propõe reconhecer robôs avançados como "pessoas eletrônicas", mas essa abordagem é questionada por parecer impraticável e não trazer vantagens claras (Parlamento Europeu, 2017).

No Brasil, a doutrina jurídica também critica essa proposta, apontando a necessidade de uma revisão profunda dos conceitos legais e a dificuldade de implementar um novo marco jurídico (Xavier; Spaler, 2019, p. 554; Albiani, 2019, p. 13). Reconhecer a IA como entidade autônoma exigiria uma atualização significativa das normas legais, algo que ainda não está claro no contexto atual.

Diante da falta de personalidade jurídica para a IA no Brasil, a responsabilidade civil direta por discriminação algorítmica não é viável. Em vez disso, a aplicação de teorias de responsabilidade objetiva, como previsto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil ou nos artigos 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor, é mais adequada para lidar com danos causados por IA (Brasil, 10.406/2002; Brasil, 8078/90). A responsabilidade deve recair sobre desenvolvedores e usuários, não sobre as máquinas.

Portanto, a atribuição direta de responsabilidade civil à IA é uma estratégia das empresas para evitar responsabilidades, o que não deve ser aceito pelo sistema jurídico. É crucial focar em medidas preventivas e na responsabilização efetiva dos responsáveis pelos danos causados.

A teoria objetiva de responsabilidade, como a prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil tem sido muito adotada no direito do trabalho. O direito do trabalho, ao adotar a responsabilidade civil objetiva, marcou uma evolução significativa. Inicialmente, a responsabilidade por danos era baseada na culpa, mas a Revolução Industrial trouxe riscos inéditos, muitas vezes fora do controle dos trabalhadores, exigindo uma reforma na forma de responsabilização. A responsabilidade civil objetiva foi introduzida para garantir reparação independente da comprovação de culpa, reconhecendo que a demonstração de culpa poderia ser quase impossível para muitas vítimas, como ocorre nos casos de discriminação algorítmica.

O dilema de escolher entre responsabilizar alguém sem culpa pelos danos ou deixar uma vítima sem compensação levou ao surgimento da teoria do risco no final do século XIX. Esta teoria afirma que quem gera um risco deve responder pelos danos causados, sem necessidade de provar culpa. Diversas vertentes foram desenvolvidas, como risco-proveito,

risco criado, risco profissional e risco integral. A teoria do risco-proveito, originada na França, trata da responsabilidade civil em relações de emprego, focando no benefício econômico obtido pelo empregador (Dallegrave Neto, p. 178). A dificuldade em provar diretamente esse benefício revelou-se uma limitação dessa teoria. Para superar essa limitação, evoluiu-se para a teoria do risco criado, que se aplica a qualquer situação em que alguém crie um risco que resulte em prejuízos a outrem, independentemente do benefício econômico direto (Fachini Neto, p. 179). Essa teoria visa garantir uma responsabilização mais justa. O Código Civil de 2002 explicitamente reconhece a teoria do risco no artigo 927, parágrafo segundo (Brasil, 10.406/2002). Ao contrário da teoria do risco-proveito, que se limita a incidentes laborais, a teoria do risco do Código Civil é mais abrangente.

A teoria do risco profissional, segundo Dallegrave Neto, é mais abrangente que a do risco criado, aplicando-se a todos os empregadores, não apenas os envolvidos em atividades de risco (Dallegrave Neto, p. 170). Já a teoria do risco integral defende a compensação mesmo em situações sem conexão causal direta, como culpa exclusiva da vítima ou força maior. No Direito do Trabalho, essa teoria é defendida por alguns doutrinadores como Valdete Souto Severo e Almiro Eduardo de Almeida, que interpretam o artigo 2º da CLT como uma cláusula geral de responsabilidade (Almeida; Severo, p. 22).

Os defensores da teoria do risco integral argumentam que o Direito do Trabalho é pioneiro na adoção dessa teoria, com base no princípio da proteção ao trabalhador e na ideia de empreendedorismo (Almeida; Severo, p. 5). No entanto, a interpretação do artigo 2º da CLT enfrenta resistência, sendo visto por alguns como sustentador da teoria do risco-proveito (Dallegrave Neto, p. 121). Embora a responsabilidade objetiva em casos de acidentes de trabalho seja uma abordagem inovadora, ela ainda é minoritária no sistema jurídico brasileiro, que geralmente adota a responsabilidade subjetiva. No entanto, no Direito do Trabalho, a responsabilidade objetiva é reconhecida em atividades de risco, dispensando a prova de culpa (Brasil, 2013).

A responsabilidade objetiva está ganhando relevância no contexto jurídico brasileiro, refletindo uma evolução nas práticas legais e na proteção das partes vulneráveis. O Decreto

nº 3.724/1919 e legislações subsequentes ampliaram o conceito de acidente de trabalho e a responsabilidade objetiva, que também é adotada pelo Código Civil de 2002 e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

A LGPD, Lei nº 13.709/2018, estabelece um marco regulatório para o tratamento de dados, incluindo princípios e responsabilidades específicas para os agentes de tratamento. O regime de responsabilidade civil na LGPD sugere uma responsabilidade subjetiva baseada na culpa presumida (Bomfim, 2022, p. 1303 e 1304), mas a responsabilidade objetiva pode ser aplicada em casos de discriminação algorítmica.

A responsabilidade objetiva no Direito do Trabalho é compatível com a CLT e a Constituição Federal, que permitem a aplicação do direito comum e a ampliação dos direitos dos trabalhadores. A jurisprudência e a doutrina trabalhista modernas tendem a apoiar a responsabilização objetiva do empregador em casos de acidente de trabalho, abuso de direito e atos de empregados (Bertotti, 2014, p. 13). À medida que a industrialização avançou, aumentaram os acidentes de trabalho, e a responsabilidade começou a se basear no nexo causal e no dano, sem considerar a culpa do empregador. Essa mudança foi gradual, refletindo a necessidade de proteção dos trabalhadores e a evolução das práticas jurídicas para enfrentar desigualdades nas relações de trabalho.

A teoria do risco, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva, desloca o foco da conduta do agente para a situação da vítima e a necessidade de compensação. A teoria afirma que quem realiza uma atividade que envolve riscos para terceiros deve ser responsável pelos danos resultantes, independentemente de culpa (Dallegrave Neto, p. 616). Isso assegura que as vítimas de atividades potencialmente perigosas recebam compensação justa, promovendo segurança jurídica e social.

Na era digital, a responsabilidade civil objetiva do empregador se torna crucial ao lidar com discriminação algorítmica, já que as empresas controlam os algoritmos e processos decisórios automatizados e esses oferecem muito risco ao trabalhador. A aplicação da responsabilidade objetiva reflete a necessidade de adaptar o direito às realidades da tecnologia, garantindo transparência e equidade. A dificuldade dos empregados em acessar

ou compreender algoritmos reforça a importância de uma abordagem que não exija a prova de culpa, mas apenas o reconhecimento do dano e do nexo causal para a reparação, fortalecendo a proteção dos direitos dos trabalhadores frente a novos riscos e discriminações tecnológicas.

5 CONCLUSÃO

À medida que navegamos pela era digital, a responsabilidade civil frente à discriminação algorítmica se destaca como um farol essencial para guiar a inovação tecnológica em harmonia com princípios de justiça e equidade. O impacto da inteligência artificial (IA) nas relações de trabalho e na sociedade em geral apresenta novos desafios que exigem uma adaptação robusta do marco legal. A discriminação algorítmica, resultado não intencional da automação, desafia nossas concepções tradicionais de justiça, tornando imperativo um modelo legal que responda adequadamente às novas realidades.

A responsabilidade civil objetiva, fundamentada na teoria do risco, oferece uma abordagem que pode ser robusta para enfrentar os desafios impostos pela discriminação algorítmica. Essa perspectiva sugere que aqueles que se beneficiam dos riscos tecnológicos também deveriam assumir a responsabilidade por mitigar danos potenciais. No entanto, é importante reconhecer que este é um tema controverso e que existem diferentes interpretações e propostas sobre a melhor forma de lidar com esses novos desafios. Embora nossa posição destaque a responsabilidade objetiva como uma solução viável, o debate sobre a abordagem mais adequada continua a evoluir, refletindo a complexidade e a dinâmica da era digital.

A legislação brasileira, com sua ênfase na responsabilidade objetiva e no direito do trabalho, demonstra um caminho promissor para abordar a discriminação algorítmica, priorizando a reparação das vítimas e incentivando práticas mais responsáveis. A teoria do risco criado, aplicada ao contexto da automação, reflete a necessidade de adaptação das normas legais para enfrentar os riscos emergentes sem exigir prova de culpa. Além disso, a

discussão sobre a personalidade jurídica da IA, embora ainda prematura, estimula uma reflexão profunda sobre o papel da tecnologia em nossa sociedade e o impacto de sua integração.

Encerramos esta reflexão reconhecendo que, na era da automação, a verdadeira medida do progresso reside não apenas na capacidade de criar máquinas inteligentes, mas na sabedoria com que as utilizamos para promover um mundo mais justo e inclusivo. A responsabilidade civil não é apenas um mecanismo de reparação, mas um pilar fundamental para garantir que a tecnologia avance de forma alinhada aos nossos valores éticos e sociais. Assim, o futuro do trabalho e da sociedade na era digital dependerá da nossa capacidade de equilibrar inovação com justiça, utilizando a tecnologia para enriquecer a experiência humana sem sacrificar os princípios que nos unem.

REFERÊNCIA

ALBIANI, Christine. Responsabilidade Civil e Inteligência Artificial: Quem responde pelos danos causados por robôs inteligentes? In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (coord.). **Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 13.

ANTUNES, Ricardo. **O Privilégio da Servidão: O Novo Proletariado de Serviços na Era Digital**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 19 ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

BORNSTEIN, Stephanie. Antidiscriminatory algorithms. In: University of Florida Levin College of Law. **UF Law Faculty Publications**, 70 Ala. L.Rev. 519, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3307893. Acesso em: 4 mai. 2023.

BRAMANTE, Ivani Contini; BRAMANTE, Simone. Discriminação por algoritmo na relação de trabalho. In: CARLOTO, Selma (Org.). **Inteligência Artificial e Novas Tecnologias nas Relações de Trabalho**. 1 ed. Leme-SP: Mizuno, 2023. p. 142-159.

BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 maio 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL, **Projeto de Lei 2338/2023**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2504> . Acesso em: 21 ago. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm . Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm . Acesso em: 29/02/2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 6 jan. 1989.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm . Acesso em: 29 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 abr. 1995.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de janeiro de 2002**. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm . Acesso em: 21 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm . Acesso em: 27 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011.** Dispõe sobre a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais e de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 10 jun. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm. Acesso em: 21 ago. 2019

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm . Acesso em: 21 ago. 2023.

BUOLAMWINI, Joy. How I'm fighting bias in algorithms. **TED Talks**, 2016. Disponível em: https://www.ted.com/talks/joy_buolamwini_how_i_m_fighting_bias_in_algorithms . Acesso em: 20 jan. 2022.

BUOLAMWINI, Joy; GEBRU, Timnit. Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency, **PMLR**, n. 81, p. 77-91, 2018. Disponível em: <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf> . Acesso em: 20 out. 2023.

BUOLAMWINI, Joy. How I'm fighting bias in algorithms. **TED Talks**, 2016. Disponível em: https://www.ted.com/talks/joy_buolamwini_how_i_m_fighting_bias_in_algorithms . Acesso em: 20 jan. 2022.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **A Constituição do Algoritmo**. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

CARLOTO, Selma. Coord.). **Inteligência Artificial e Novas Tecnologias nas Relações de Trabalho**. São Paulo: Mizuno, 2022

CASAGRANDE, Cássio. **Califórnia proíbe despedimento por algoritmo de métrica**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/despedimento-por-algoritmo-proibida-california-27092021> . Acesso em: 20 dez. 2022.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 20 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2023.

DOMINGOS, Pedro. **Algoritmo Mestre**. São Paulo: Novatec, 2017.

DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio. O que é a governança de algoritmos? **Politics**, out. 2016. Disponível em: <https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos> . Acesso em: 12 fev. 2022.

FERRARI, Isabela. **Discriminação Algorítmica e Poder Judiciário**: Limites à adoção de sistemas de decisões algorítmicas no Judiciário Brasileiro. Florianópolis, RS: Editora Emais, 2023.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: Uma Breve História do Amanhã. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

JUNQUEIRA, Thiago. **Discriminação**: O Desafio da Inteligência Artificial em Processos Seletivos. Acesso em: 30 set. 2021.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de Destruição em Massa**: Como a Big-Data Aumenta a Desigualdade e Ameaça à Democracia. Tradução de Rafael Abraham. 1 ed. São Paulo: Rua do Sabão, 2020.

PASQUALE, Frank. **New Laws of Robotics**: Defending Human Expertise in the Age of AI. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29.

TARTUCE, Flávio. **Teoria do Risco Concorrente na Responsabilidade Objetiva**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 335.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MEDON, Felipe. A utilização de inteligência artificial em decisões empresariais: notas introdutórias acerca da responsabilidade civil dos administradores. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). **Inteligência artificial e direito**: ética, regulação e responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini; MEDON, Felipe. Responsabilidade civil e regulação de novas tecnologias: questões acerca da utilização de inteligência artificial na tomada de decisões empresariais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, jan./abr. 2020, p. 301-333.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Quem responde pelos danos causados pela IA? **Jota**, 24 out. 2017. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/quem-responde-pelos-danos-causados-pela-ia-24102017 . Acesso em: 24 abr. 2020.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio Teixeira. **A prova no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Ricardo da Gama Lobo. Inteligência artificial e elementos da responsabilidade civil. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin (Coord.). **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 303.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. **Temas de direito civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 191-216.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016**, relativo à proteção das pessoas físicas no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, L 119, p. 1-88, 4 maio 2016.

ZUBOFF, Shoshana. **Capitalismo de vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder**. Tradução de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

ANÁLISE DAS LOOT BOXES E A SORTE À LUZ DO MARCO LEGAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS

Antonio Pedro Rego da Cunha Pedrosa¹
Larissa Rocha de Paula Pessoa²

RESUMO

Ao pensar no desenvolvimento de microtransações, *loot boxes* e loteria em games, buscou-se uma abordagem teórica que pudesse entender e identificar o que são jogos eletrônicos, como é feita a comercialização internamente, ou seja, as microtransações realizadas pelos usuários, e como é possível diferenciá-los dos jogos de sorte. Para isso, é necessário compreender como ocorre a movimentação do dinheiro e monetização em jogos eletrônicos, assim como também os direitos e obrigações envolvidos à luz do Marco Legal dos Games e dos Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988. A partir dos questionamentos levantados, a presente pesquisa possui o objetivo central de investigar as microtransações, os *loot boxes* e "sorte" nos games com ênfase no art. 5º, parágrafo único e 17 da Lei do Marco Legal dos Games, buscando compreender os direitos e obrigações envolvidos, bem como realizar interpretação harmônica com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

1 INTRODUÇÃO

É fácil perceber o quão antiga é a fascinação humana por jogos de azar. Assim definidos pois o resultado de suas “jogadas”, e quem será premiado com as apostas, quem serão os ganhadores e quem serão os perdedores, não dependem de quem joga, de suas

¹ Mestrando no Curso de Direito em Empresas e Atividades Econômicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, advogado especializado em direito empresarial, e-mail: a_rego_pedrosa@hotmail.com e lattes: <http://lattes.cnpq.br/8763730907472744>

² Doutoranda em Direito Empresarial pela UERJ, mestre em direito pela Universidade Federal do Ceará e advogada em proteção de dados, email: larissarch3@gmail.com e lattes: <http://lattes.cnpq.br/9403218319740395>

habilidades, de suas competências, mas do acaso, de pessoas, eventos, terceiros, não envolvidos e não controlados por aqueles que se dispõe a jogar. Em outras palavras, dependem primariamente da “sorte”, um conceito em si mesmo fascinante.

Deve se dizer, tais jogos podem até ter suas probabilidades conhecidas matematicamente, sabendo-se quais são as reais expectativas de vitória e derrota a cada jogada, devido ao grande desenvolvimento nos últimos séculos que obteve a área da matemática conhecida como a teoria das probabilidades, devido a própria prevalência dessas modalidades de jogos durante toda a história da humanidade. Contudo, isso não significa que o resultado em si, o perdedor e o ganhador, sejam conhecidos a priori, não significa que não dependem do imponderável, de eventos fora do controle das partes, ao menos se o jogo for justo. É teoricamente possível, embora improvável, que um dado dê o mesmo número diversas vezes, que a moeda continue a dar coroa mesmo após múltiplas tentativas, que a roleta dê múltiplas vezes 28 preto, mesmo jogada várias vezes. Conhece-se as probabilidades, mas se o objetivo for saber o resultado da partida, aquela em particular, só jogando se terá a resposta.

Diversos foram os métodos criados para se “jogar” com o acaso. Alguns que poderiam ser citados são o vinte-e-um, roletas, máquinas caça-níqueis, bingo, todos esses associados aos conhecidos casinos ou casas de apostas, fora o tradicional jogo do bicho, este último criado no Brasil e sujeito a penalidade por contravenção penal conforme se verá mais adiante (Tamer, 2024). Ian Stewart sumariza muito bem o que os jogos de azar significam: *“Gambling is, and has long been, big business. Every year, worldwide, about ten trillion dollars changes hands in legal gambling. (A lot more if you include the financial sector...)”* (Stewart, 2019) .

De fato, o ser humano tem uma fascinação quase instintiva pelo acaso fabricado por estes tipos de jogos. Encontrando diversão nas vezes que eventualmente é agraciado pela sorte, a despeito das probabilidades desfavoráveis, ou das diversas vezes que foi mal sucedido, ou mesmo, como a psicologia especula, da mera antecipação de se sagrar vencedor, não da vitória em si.

E a fascinação por jogos de azar ocorre apesar da irracionalidade do próprio em si de participar. Jogos de azar são feitos para dar lucro, e, no longo prazo, sempre levam a perdas para aqueles que participam e ganhos, muitas vezes exorbitantes, para aqueles que os montam. Representam, em última medida, uma transferência de capital de uma mão para outra, a qual a única coisa trocada pelo dinheiro é uma expectativa probabilisticamente falsa de vencer a banca, de se sagrar vencedor quando as chances, de forma proposital, não lhe favorecem. A melhor estratégia para um jogador é não jogar.

Contudo, não seria um aspecto tão ruim se aqueles que entrassem neste sistema percebessem, se obtivessem a sua “diversão”, mas logo, ao perceberem que estão perdendo, parassem de jogar. Mas não é o que ocorre, vieses psicológicos e vícios ligados à dopamina de jogar, algo que ainda é fonte de estudo de especialistas, entram em cena e levam com que isso não ocorra. São as conhecidas armadilhas psicológicas, mecanismos como a falácia do apostador, a ideia, falsa, de que as probabilidades anteriores afetam as probabilidades futuras de um evento e a falácia da quase vitória, de que o fato de que a roleta quase deu o valor desejado significa que ela o alcançará na próxima jogada. Dessa vez será diferente, repete-se psicologicamente o apostador até que seus fundos acabem, e não consegue tentar outra vez. (Xiao, 2021, p. 31). Cassinos se aproveitam deste fato, afinal, são como ganham dinheiro, através da ilusão daqueles que esperam o que não podem alcançar com o método que escolheram para conseguir.

O resultado é que surgem as histórias tristes de pessoas que perderam tudo aquilo que podiam, e se não um pouco do que não podiam, nestes jogos, levando a ruína financeira e a pobreza para eles próprios e das pessoas que eventualmente dependiam daqueles ganhos, ameaçando-os se não a própria condição de dignidade da pessoa humana prevista no art. 1º, inciso III da Constituição Federal destes apostadores, à medida que nada mais lhes sobra para apostar. (Brasil, 1988) Skinner, o grande behaviorista, em suas pesquisas sobre os pombos certa vez mencionou: *“The pathological gambler exemplifies the result. Like the pigeon with its five responses per second for many hours, he is the victim of an*

unpredictable contingency of reinforcement. The long-term net gain or loss is almost irrelevant in accounting for the effectiveness of this schedule”.(SKINNER, 1953, p. 104).

Não é por outra razão que este tipo de atividade é na maioria dos países bastante regulada, para não mencionar àquelas que as proíbem por completo. O Brasil, por exemplo, as veda como regra geral, e puni suas atividades como contravenção penal de acordo com o Decreto-Lei nº 9.215, de 20 de abril de 1946, que acrescentou o art. 50 ao Decreto Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Brasil, 1946). Apenas alguns casos especiais são permitidos pelo Legislador, a exemplo do Decreto Lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944 (BRASIL, 1944) que dispõe sobre o serviço de loterias da Caixa Econômica Federal e as apostas de cavalos. (Brasil, 1984)

Mas quem disse que é preciso se prender aos métodos do passado? Hoje a tecnologia digital influencia tudo e a todos. Seria diferente com a velha e antiga arte de jogar com a sorte? Novas tecnologias levam a uma nova roupagem em métodos de jogar com probabilidades, a ubiquidade dos *smartphones*, detidos por todos, o tempo todo, permite que métodos antes restritos no tempo e no espaço alcancem novos jogadores, eventualmente criando novas chances para o vício, para a ruína financeira, mais rápido, e mais fácil, do que antigamente. Uma indústria ancestral toma novos corpos, novas formas, e principalmente para o artigo aqui escrito, novos espaços, a qual antes não eram conhecidos, no caso, o universo dos videogames. É sobre como tem alcançado este novo espaço que se falará brevemente neste artigo, as *loot boxes*.

A pesquisa apresenta os seguintes objetivos específicos: (i) verificar os critérios legais que diferencia jogos eletrônicos de jogos de aposta em formato eletrônico; (ii) explorar a movimentação de dinheiro, monetização e estabelecer a fronteira que separa os jogos em relação aos jogos de sorte; (iii) analisar o livre desenvolvimento econômico e a existência de requisitos legais a serem exigidos dos desenvolvedores e designers para que os jogos não sejam confundidos com jogos de sorte.

A escolha se faz presente devido a duas razões principais. Primeiro, a realidade concreta de jogos eletrônicos usando-se cada vez mais de métodos associados a jogos de

azar exige uma resposta da literatura jurídica. Os fatos exigem resposta do Direito. Segundo, a chegada da Lei do Marco Legal da a Indústria de Jogos Eletrônicos cria uma necessidade jurídica de se abordar este tema, ainda incipiente e pouco explorada pela doutrina jurídica, a dos limites entre o que é jogo eletrônico e o que é jogo de azar. Não há de se ignorar a importância da economia criativa, especialmente da indústria de games para o país, nada mais justo abordá-la do ponto de vista legal.

Busca desenvolver-se por uma metodologia científica qualitativa, bibliográfica, por meio da utilização de livros, artigos, legislação e outras pesquisas sobre o tema, e de cunho exploratório sobre o tratamento jurídico das microtransações e os loot boxes que ocorrem dentro do ambiente do game, analisando os aspectos à luz do Marco Legal de Games e dos Direitos Fundamentais, de forma que fosse possível fazer uma contribuição acadêmica sobre o tema.

2 O MARCO LEGAL DOS JOGOS ELETRÔNICOS

Em paralelo ao mundo dos jogos de azar, talvez tão antigos quanto o próprio conceito de “jogar”, o mundo dos jogos eletrônicos é novo e não poderia parecer tão diferente, embora a cada ano a distância venha a diminuir. Os jogos eletrônicos surgiram como uma aplicação recreativa de máquinas que originalmente foram desenhadas para fazer cálculos complexos, de forma objetiva, sem espaço para erros ou imprevistos, considerando é claro que as máquinas funcionem sem defeitos ou “bugs” (nada funciona sem imprevistos, nem computadores) (Stivani, 2019). Inclusive, para que seja possível implementar a probabilidade em computadores é necessário o uso de subterfúgios, por meio de mecanismos complexos como recursos externos que simulam a aleatoriedade do mundo ou o uso dos denominados *pseudo random generation*, métodos capazes de simular a capacidade de aleatoriedade que máquinas de calcular em teoria não seriam possíveis de reproduzir (Herzstein, 2021). E, deste começo a princípio modesto, como aplicações paralelas a máquinas técnicas, hoje os videogames se tornaram uma indústria com imensas

proporções, chegando em algumas estimativas ao valor de mercado de \$347 bilhões de dólares atualmente, superior mesmo a dos filmes. (Clement, 2024)

Faz bem portanto a publicação da Lei nº 14.852, de 3 mai. 2024 (denominada “Marco Legal da Indústria dos Jogos Eletrônicos” ou também aqui abreviada como “Marco Legal dos Jogos Eletrônicos”), como uma espécie de admissão jurídica de sua já conquistada importância econômica. Em linhas gerais, essa lei reconhece o valor que os jogos eletrônicos adquiriram para a sociedade nos últimos anos, não só como parte da indústria do entretenimento, mas como matriz criadora de tecnológica, de inovação, como forma de influenciar e divulgar ideias, como meio de instruir e ensinar, como meio de tratamento terapêutico, e, se não, uma forma de “arte”, pura e simples, sem maiores aspirações, conforme reconhece os incisos de seu art. 10 cita expressamente (Brasil, 2024). Para fins de exemplificação desta última colocação, é fato que quem já jogou jogos como *Hollow Knight*, *Tales Principle*, *Elden Ring*, *Hotline Miami*, *The Witcher III*, *Zelda Breath of the Wild*, dificilmente discorda da afirmação de que os videogames podem e são uma forma de fazer arte, expressões que não seriam vividas de nenhuma outra forma, e particulares de cada jogador.

E é justamente, em sintonia a este aspecto que a Lei nº 14.852 de 3 mai. 2024 prevê mecanismos para beneficiar esta indústria. Dentre eles destaca-se a possibilidade dos jogos eletrônicos desenvolvidos no país se valerem do tratamento fornecido aos tipos societários no país, seja como empresários individuais, sociedades empresárias, sociedades cooperativas, sociedades simples ou mesmo MEIs, de acordo com seu art. 8º, ou da possibilidade aberta de se beneficiarem da Lei nº 8.685 de 20 de julho de 1993 referente ao fomento à atividade audiovisual de acordo com seu art. 11 (Brasil, 2024).

Não se deve perder de vista que a nova lei, em seus fundamentos, se trata de uma aplicação prática dos princípios previstos nos artigos 173 sobre a livre iniciativa e liberdade econômica do artigo 23, inciso V, que estipula ser de “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;” (Brasil, 1988).

A Lei reconhece os jogos eletrônicos não só como entretenimento, mas como meio de criação de arte e inovação, ao mesmo tempo que procura adequá-los aos princípios igualmente relevantes da proteção integral à criança e aos adolescentes, do consumidor e o da dignidade da pessoa humana, que conforme se verá adiante, pode oferecer conflitos.

3 AS *LOOT BOXES* DOS JOGOS ELETRÔNICOS

Apesar de dever reconhecer que no todo a indústria de jogos tem trazido benefícios para a sociedade, são negócios, e tratados como tal, existindo estratégias e estratégias para se ganhar dinheiro com elas. Não seria certo ignorar o lado menos glamoroso e auspicioso da indústria e as críticas que têm recebido de certos setores da sociedade civil, fruto de práticas consideradas não tão saudáveis para seus jogadores.

E, neste sentido, talvez nenhum outro fato tenha chamado mais atenção dos reguladores como da sociedade civil quanto a recente aproximação dos jogos eletrônicos junto aos jogos de azar. Ou melhor, a adoção de parte dos elementos associados a esta indústria, famosa pelos seus efeitos deletérios, dentro da arquitetura de seus softwares, como forma de atrair, manter jogadores, e aumentar margens de lucro. E, não sem razão, teme-se que quando um videogame ao adotar e incorporar em seu design parte dos elementos característicos dos jogos de azar, parte de suas estratégias, há a chance real de emular os efeitos negativos que lhe são associados, de levarem o que há de pior deste outra indústria que também compartilha a alcunha de chamar-se “jogo” (Tamer, 2024).

Considerando esta problemática, a Lei do Marco Legal dos Jogos Eletrônicos previu na sua definição um dispositivo para especificamente excluir das definições de jogos eletrônicos aqueles que se encaixem na definição de jogos de azar. O seu art. 5º, parágrafo único, expressa que estão excluídos da sua definição jogos eletrônicos àqueles que possuírem elementos de “de aposta, com prêmios em ativos reais ou virtuais, ou que envolva resultado aleatório ou de prognóstico, (...)” como parte de seu “*core design*” (Brasil, 2024).

A posição adotada pelo Legislador é das mais nobres possíveis, visa afastar das vantagens oferecidas aos videogames aos jogos de azar. Afinal, não se quer que jogos conhecidos pelos seus danos à sociedade recebam os incentivos legais destinados ao desenvolvimento da inovação e criatividade humanas. A Sociedade não quer ajudar a financiar externalidades positivas, não as negativas.

No entanto, a descrição genérica adotada pelo dispositivo levanta questões interessantes sobre a linha divisória a ser adotada entre o que é um jogo de apostas e o que é jogo eletrônico. Apesar da disposição legislativa, existem uma infinidade de maneiras com que jogos eletrônicos podem ou adotam hoje a aleatoriedade como parte do seu “*core design*”, em diferentes níveis e modelos. Isso leva a dúvida, justa, sobre o que era intenção do Legislador excluir. O mundo dos jogos eletrônicos é complexo, e há várias áreas “cinzentas” devido a vários métodos diferentes com que jogos podem ou adotam critérios de aleatoriedade, trazendo em si a dúvida se devem ou não serem excluídos do critério de jogos eletrônicos pelo Legislador.

Primeiramente, quando se fala em aleatoriedade, está claro que o Legislador, pelo menos à primeira vista, não se referiu à adoção de formas de criar ou adotar probabilidades em determinadas ações dos jogadores, mas quando a aleatoriedade é usada de modo semelhante aos jogos de azar, adotando elementos associados a esta indústria.

Um jogo que pode perfeitamente ilustrar o conceito de que a aleatoriedade em seu “*core design*” pode não ter nada a ver com a adoção de jogos de azar é o *Baldur’s Gate III*, em que especialistas falam sobre a sua qualidade em storytelling, profundidade dos personagens, múltiplos finais, imersão, além de outros aspectos que são bem projetados (Elderkin, 2024). Ao se jogar rapidamente é possível perceber que o jogo se inspira grandemente nos tradicionais *Role Playing Games - RPGs* de tabuleiro, a qual jogadas são decididas bem ou mal-sucedidas de acordo com o resultado de dados de tabuleiro. Por isso, cada jogada do jogador, cada estratégia, pode ser influenciada pela sorte, inclusive aparecem dados “virtuais” a todo momento que o seu personagem irá fazer uma jogada ou tomar uma ação. Mas no fundo não há maiores consequências para o resultado obtido com

os dados, não há nada a ser recebido ou perdido, o máximo que se pode ganhar é uma atitude bem-sucedida e a morte mais rápida do adversário virtual, ou a necessidade de ter que recomeçar tudo novamente em um outro “save file”.

As aplicações de elementos probabilísticos nos jogos geram maior polêmica quando há algo verdadeiramente real, no sentido de permanente, a se ganhar ou a perder com a aleatoriedade, quando há algo na aposta do jogador. E neste sentido, a maior polêmica recente certamente é a questão da utilização das denominadas *loot boxes* em vários jogos eletrônicos recentemente.

Em uma tradução literal estes mecanismos poderiam ser chamados “caixas de butim” ou “caixas de saque”. Não são nada mais do que meramente representações virtuais de caixas, ou algum outro recipiente que exerça função semelhante, como, baús, vasos, bolsas, cartas, cartuchos, apenas para citar alguns exemplos (Griffiths, 2019, p. 53), obtidas através do jogo ou compradas com dinheiro real ou virtual, que quando “abertas” pelo usuário revelam aleatoriamente uma determinada recompensa ao jogador, ou seja, uma surpresa.

‘Loot boxes’ are consumable virtual items in video games that can be redeemed (or ‘opened’) by players to receive randomized rewards, which may be merely cosmetic, or which may influence the game more significantly by unlocking additional game content or manipulating the player’s in-game power (Xiao, 2021, p. 27).

“Pode-se dizer que a característica essencial da *loot box* é que não se sabe exatamente qual item virtual ela premiará ao jogador, a depender de um mecanismo probabilístico, muitas vezes, oculto” (Santos; Magalhães, 2024, p. 60). Assim, da mesma forma que estes jogos de cartas, a qual foram inspirados, os prêmios são aleatórios, com grande variedade nos níveis de raridades e valor do que pode ser obtido. Um jogador pode desde ao abrir uma *loot box* receber o item comum dos comuns, repetido até, sem ou com nenhum valor para ele, quase como se nada recebesse. Mas em outro extremo pode receber o item mais raro do jogo daquela estação ou do jogo inteiro, aquilo que fará a diferença em

suas partidas ou que será a inveja de todos quando “logar” em uma próxima partida e poder demonstrar o item raro que conseguiu pela sorte obter (Xiao, 2021, p. 28).

Especialistas dizem que o sistema teria sido inspirado originalmente por *Magic The Gathering* do *Wizard of the Coast*, a qual cartas são vendidas em pacotes a qual não se sabe qual carta será obtida pelo jogador.

The origin of the loot box mechanic can be traced back to the collectible and tradable sports cards of the mid-20th century.⁶ Loot boxes were inspired by the successful monetization of Magic: The Gathering (1993, Wizards of the Coast), a tabletop trading card game, which, instead of selling a complete collection of every available card to its players, sells blind sealed packages of randomized cards of varying power and value that forces players to effectively purchase duplicate cards, and thereby spend more money than they otherwise would have to, in order to obtain a complete collection. (Xiao, 2021, p. 28)

Com o tempo notou-se que tal modelo era extremamente lucrativo para as companhias que as utilizavam, face ao fato de que o jogador gasta muito mais do que o necessário para obter a carta necessária para completar o seu deck, de forma que os jogos eletrônicos passaram a adotá-la em seu “core design”. Seja para tornarem viáveis modelos de negócios denominados “freemiums” a qual a maioria dos jogadores não paga para ter acesso ao jogo, mas alguns adquirem itens especiais em relação aos demais, seja para potencializar o lucro de jogos que em si já são vendidos por preços pré-estabelecidos (The Legality of..., 2018).

Como uma primeira acepção permite deduzir, a preocupação com as *loot boxes* surge justamente por atuarem, ao menos em teoria, de forma semelhante aos jogos de azar, ao menos em uma primeira acepção. São prêmios aleatórios obtidos pelo jogador, e que muitas vezes podem ser comprados por lojas online, no que podem ser vistas como uma aposta feita pelo jogador na esperança de obter o item valioso que deseja.

Há inclusive quem faça comparações entre ambos, principalmente quando podem ser adquiridos através de lojas virtuais através de compras com dinheiro real, e os prêmios podem ser vendidos de volta ou através da própria plataforma ou por sites de terceiros. A

lógica é que assim como um jogo de apostas, despende-se dinheiro com a esperança de obter ganho financeiro, sem saber as reais chances de obtenção do prêmio escolhido, atuando através dos mesmos mecanismos psicológicos que os jogos de azar.

Mark. D Griffiths, por exemplo, diz que psicologicamente as *loot boxes* atuam de forma idêntica aos jogos de azar .

Personally, I view the buying of loot boxes as a form of gambling, particularly because the ‘prizes’ won are (in financial terms) often a lot less than that of the price paid. Obviously, I am out of step in relation to the regulators in my own country, but if third party websites continue to host services where in-game virtual items can be bought and sold, the activity definitely constitutes a form of gambling by almost any definition of gambling currently used in the field of social sciences.(Griffiths, 2018)

Assim como Leon Y. Xiao em sua análise sobre a influência psicológica das *loot boxes*:

Loot boxes are structurally similar to gambling because they possess elements in common with gambling and satisfy Griffiths’ definition of gambling in psychology.²⁵ The purchase of loot boxes has been identified as an ‘emergent gambling behaviour’.²⁶ The randomized nature of loot boxes is arguably designed to encourage purchase in manners similar to gambling.²⁷ Certain implementations of loot boxes may be ‘predatory’ because they ‘disguise or withhold the true long-term cost of the activity until players are already financially and psychologically committed’. (Xiao, 2021, p. 29-30)

As preocupações não são restritas a especialistas, jogadores comuns, inclusive, também se preocupam com os efeitos gerados pelas *loot boxes*, chegando a montar protestos quando alguma franquia famosa de jogos eletrônicos resolve adotá-los ou vai longe demais em sua implementação. Foi o caso por exemplo do debate ocorrido em 2017 na plataforma Reddit a qual vários jogadores levantaram suas vozes contra o sistema de *loot boxes* adotada pela desenvolvedora EA Games para seu jogo *Star Wars Battlefront II*.

Contudo, diferentemente de exemplos previamente mencionados, a implementação da mecânica de loot boxes em Battlefront 2, que não era um jogo gratuito, não visava unicamente a recompensar o jogador com itens estéticos. A progressão do jogo, ou seja, o desbloqueio de itens de jogabilidade, mecânicas e personagens, dependia integralmente da mecânica das caixas de itens sortidos, que poderiam ser obtidas muito esporadicamente como recompensa após dezenas de horas de jogo, ou então imediatamente adquiridas mediante compra. (Gamespot Staff, 2017)

Não se deve também esquecer que junto a esta polêmica está a situação bastante problemática e peculiar da proteção a ser fornecida para crianças e adolescentes. Frequentemente jogos eletrônicos são consumidos por menores de idade e entre os princípios preconizados pelo Marco Legal dos Jogos Eletrônicos, como não poderia ser diferente, está o da proteção legal às crianças e adolescentes, conforme consta nos princípios de seu art. 6º: “Art. 6º São princípios e diretrizes desta Lei: (...)VI – proteção integral da criança e do adolescente, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)” (Brasil, 2024) referência direta ao Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual prevê em seu artigo 71 que crianças e adolescentes têm direito a produtos e a serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (Brasil, 1990).

Há, portanto, preocupações legítimas sobre os efeitos que a ativação dos excessos de ativação dos níveis de dopamina no cérebro pode ter em pessoas em desenvolvimento que devem ser consideradas. Há o risco real de isso ocasionar, ou mesmo condicionar os comportamentos das crianças e adolescentes para permanecer nos jogos, retroalimentando a dopamina, ou mesmo de sua inocência e face de aprendizagem ser usada de forma a fazer gastarem mais do que deviam ou podiam do dinheiro dos demais.

A literatura científica ainda é incerta sobre o tema (Griffiths, 2019), mas do ponto de vista puramente legal, é fato que a proteção jurídica prevista no Marco Legal dos Jogos Eletrônicos contempla proteção especial às crianças e adolescentes, que prevê no seu art. 15, que os jogos eletrônicos devem ser desenvolvidos no país de forma a respeitarem os

interesses das crianças e adolescentes de modo especial e com atenção. Tal compreensão deve ser estendida para a interpretação da validade dada às loot boxes.

Art. 15. A concepção, o design, a gestão e o funcionamento dos jogos eletrônicos de acesso por crianças e adolescentes devem ter como parâmetro o superior interesse da criança e do adolescente, de acordo com a legislação vigente.

§ 1º Nos jogos eletrônicos a que se refere o caput deste artigo deverão ser adotadas medidas adequadas e proporcionais para mitigar os riscos aos direitos de crianças e adolescentes que possam advir da concepção ou do funcionamento desses jogos, bem como para fomentar a efetivação de seus direitos relacionados ao ambiente digital.

§ 2º Para o adequado cumprimento do disposto no caput e no § 1º deste artigo, os desenvolvedores de jogos eletrônicos devem enviar esforços para criar canais de escuta e diálogo com crianças e adolescentes.

§ 3º Os fornecedores de jogos eletrônicos devem garantir que os seus serviços, sistemas e comunidades oficiais relacionados não fomentem ou gerem ambiente propício para:

I – quaisquer formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão contra crianças e adolescentes;

II – discriminação de crianças e adolescentes com deficiência, devendo implementar medidas técnicas que garantam o desenho universal e a acessibilidade do serviço a todas as crianças e adolescentes, nos termos da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). (Brasil, 2024)

Há também de não se desconsiderar a proteção às crianças e adolescentes oferecida pela Lei Geral de Proteção de Dados, em seu "Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente", assim como também no art. 14, §6 da LGPD, que diz:

Art. 14 [...] § 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança. (Brasil, 2018)

Surge, então, a preocupação legítima que mesmo que determinados tipos de loot boxes não causem ou gerem dependência psíquica e promovam comportamentos impulsivos e inadequados a adultos, o mesmo poderá não se dar com crianças. Dito de outra forma, alguns designs de *loot boxes* que talvez possam ser adequados para adultos, por não lhes causar dependência, talvez devam que ser limitados a determinadas faixas etárias para fins proteger crianças e adolescentes e garantir o seu desenvolvimento saudável, dado sua maior vulnerabilidade psicológica a mecanismos psicológicos aditivos e menor maturidade com relação ao valor de bens financeiros.

Em síntese, as *loot boxes* devem ser vistas sob o ponto de vista do panorama jurídico do Novo Marco Legal dos Jogos Eletrônicos, da Lei Geral de Proteção de Dados e do ECA.

3.1 A diferenciação com jogos de azar: Cash-Out

Dado nosso primeiro exemplo, ainda resta encontrar critérios capazes de estabelecer se as loot boxes se encaixam ou não no conceito legal de jogos eletrônicos de acordo com o Marco Legal da Indústria dos Jogos Eletrônicos. Ou melhor, se a existência destes mecanismos os desclassifica como tal.

E neste sentido, um bom começo seria buscar na própria legislação infraconstitucional quais são os elementos jurídicos constitutivos de um jogo de azar, a fim de descobrir se estes estão presentes em relação aos loot boxes.

Todavia, uma análise da legislação vigente permite concluir que a Lei brasileira é pouco útil em estabelecer os critérios que definem o que seja e o que não seja jogo de azar, não estabelecendo elementos ou condições objetivas. A principal Lei no caso é a que regula as contravenções penais e proíbe jogos de azar no Brasil, constituída pelo Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, em seu art. 50, mais especificamente, o seu parágrafo § 3º:

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:
(...)

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;
- c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

O mais próximo que se encontra de uma definição de alguma forma objetiva de jogo de azar é o § 3º, (a), que define jogos de azar como aqueles jogos em que “o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte”, é útil, mas pouco. Já as demais alíneas possuem um conteúdo mais casuístico, definindo casos específicos, como apostas de cavalos e outras competições esportivas, como sports bets (que poderia levar a outra discussão, mas que não será desenvolvida neste artigo).

Na alínea (a), no entanto, percebe-se rapidamente que sua utilidade é limitada, já que a definição contida no dispositivo é demasiadamente genérica, e não faz referência ao tipo de prêmio que pode ser obtido pelo jogador, se deve ser em um valor monetário, as circunstâncias necessárias para participar, o que significa depender “principalmente” da sorte, se faz ou não diferença o tipo de aposta feita pelo jogador, e demais critérios que podem influenciar na reprovabilidade da conduta tipificada.

Será, portanto, necessário recorrer a doutrina e legislações estrangeiras sobre a matéria a fim de melhor esclarecer os elementos que conformam um jogo de apostas. Embora não seja unânime, é possível perceber-se que geralmente a definição de jogo de azar envolve a presença de 3 (três) elementos distintos: *chance, stake and prize*. que poderiam ser livremente traduzidos como probabilidade, preço e prêmio. Em outros termos, fora à aposta, deve haver um prêmio, monetário ou de valor equivalente, a ser oferecido em formato de modo aleatório, ou seja, sem que o jogador possa influenciar no resultado obtido.

The definitions of gambling are almost always based on three concepts: chance, stake and prize. In legislations, these overarching definitions are almost always accompanied by exceptions to exclude activities not traditionally or legally considered gambling, such as, in the US, financial market activities including purchase or sale of securities, derivative

instruments, and any contract of indemnity or guarantee.²⁵ In the UK spread betting is similarly exempted (Gür. 2023)³

Analisando-se estes critérios, percebe-se que o primeiro elemento que gera discussões acerca da caracterização das loot boxes como jogos de azar é a definição precisa do que significa “prêmio” para fins legais. Afinal, o que se ganha jogando loot boxes na maioria esmagadora das vezes são itens virtuais, sem valor real de uso fora do contexto do jogo a qual são utilizados. Basta ser um prêmio virtual, ou precisa ter valor monetário?

A resposta dada em muitas jurisdições é que se exige que o que quer que esteja a ser oferecido como prêmio ao jogador tenha valor monetário no mundo real, critério a qual não satisfazem a quase totalidade das loot boxes. Dito de outra forma, por maior que seja a raridade de um item em formato digital, este não satisfaria o critério necessário para ser considerado um jogo de azar pois o prêmio oferecido não teria valor monetário no mundo real, fora do contexto interno ao próprio jogo.

Este é por exemplo a posição da jurisdição do Reino Unido, a qual a *House of Commons* manifestou-se que as *loot boxes* não constituem parte do conceito legal de jogos de azar justamente por não, usualmente, permitirem aos jogadores o “saque” na forma de dinheiro o dos itens obtidos dentro do jogo eletrônico (Woodhouse, 2024).

Consequently, the UK Gambling Commission does not consider loot boxes as a form of gambling because (they claim) the in-game items have no real-life value outside of the game. However, this is not the case because there are many websites that allow players to trade in-game items and/or virtual currency for real money. (Griffiths, 2018)

³ “The definitions of gambling are almost always based on three concepts: chance, stake and prize. In legislations, these overarching definitions are almost always accompanied by exceptions to exclude activities not traditionally or legally considered gambling, such as, in the US, financial market activities including purchase or sale of securities, derivative instruments, and any contract of indemnity or guarantee.²⁵ In the UK spread betting is similarly exempted.²⁶” - GÜR, Dr. Berna Akçali. Structural Comparative Analysis of the Legal Definition of Gambling. AndHD. Temmuz 2015;1(2):76-94. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/china/china-issues-draft-rules-online-game-management-2023-12-22/>. Acesso em 6 de setembro de 2024. Acesso em 6 de setembro de 2024.

Este critério de distinção entre a aplicação e a não aplicação de jogo de azar, embora não resolva por completo o problema da categorização das *loot boxes*, conforme se verá adiante, é ainda assim bastante útil como forma de estabelecer uma pedra de toque, um limite a qual se um jogo eletrônico, se ultrapassar, deixa de cumprir os requisitos da Lei e as funções legais a que se pretende, tornando-se, de determinada forma, simplesmente, um jogo de azar, e logo não merecedor dos incentivos e das vantagens oferecidas pela Lei.

Afinal, se um jogo eletrônico, qualquer que seja, permitir que o jogador possa extrair os itens obtidos ao jogar e convertê-los em dinheiro do mundo real, é ao menos possível, se não o mais provável, que o principal fator que leve o jogador a jogar não seja a diversão, mas a eventual expectativa de ganho financeiro com a revenda do prêmio obtido.

Para deixar ainda mais claro o que se quer dizer, pode se citar como exemplo o que ficou conhecido como “jogo do tigrinho”, assim denominado por causa da sua mascote digital que é um tigre em formato eletrônico. Apesar deste *software* apresentar visual e apelo típicos de jogos eletrônicos, não há dúvidas de que o que prepondera para o jogador não é a diversão em si de jogar e rolar a roleta ou algo do tipo, mas a expectativa gerada de eventualmente multiplicar o patrimônio investido na própria plataforma. Há poucos que poderiam discordar da constatação de que qualquer jogo eletrônico que adote um formato semelhante ao jogo do tigrinho estará sujeito à mesma proibição que é instituída pelo Decreto-Lei nº 9.215, de 20 de abril de 1946, o art. 50 ao Decreto Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 relativo às contravenções penais (Sena, 2024).

Pode-se, desta forma, ao menos deduzir uma norma geral, qualquer jogo que apele para o fato dos seus “itens” digitais poderem ser resgatados por dinheiro de verdade, com a promessa de ganho financeiro, encaixar-se-á na definição de jogo de azar e não faria jus a definição da Lei e aos incentivos que esta oferece para seus criadores.

Entretanto, nem todas as jurisdições compartilham deste entendimento. A Bélgica por exemplo tomou a posição de proibir as *loot boxes* independentemente de permitirem ou não aos jogadores extraírem os itens em valores monetários sobre o que investiram (GERKEN, 2018). *The potential harms of paid loot boxes do not appear to be related to*

whether their prizes are worth real-world money; paid loot boxes whose rewards are not transferable and are not worth real-world money appear to be just as potentially harmful (Xiao, 2021). A lógica utilizada é que independentemente de o prêmio virtual ter ou não valor monetário, os mecanismos que poderiam criar e viciar os jogadores, principalmente menores, ainda estariam presentes, o que justificaria o seu banimento. Claro, a decisão não foi sem suas próprias consequências, com certos jogos famosos e conhecidos tendo abandonado a jurisdição da Bélgica devido a esta decisão (Nintendo, 2019).

Desde esta decisão tomada em 2018 outros países como o Japão e Holanda passaram a restringir as *loot boxes* embora nenhum tenha tomado uma posição tão radical neste sentido como a jurisdição da Bélgica (Griffiths, 2019).

E poderia se argumentar que esta é a posição adotada no Brasil, visto que o art. 5º, parágrafo único da referida Lei estabelece que os prêmios podem ser “com prêmios em ativos reais ou virtuais”, de forma que o critério, por si só, não seria suficiente para afastar o elemento de aleatoriedade usado pela Lei.

3.2 A diferenciação com jogos de azar: Marketplaces

O problema se torna ainda mais complexo quando se considera que há várias e diversas formas de se aplicar um sistema de *loot box*, com alguns sendo mais predatórios que as demais, a depender de outros mecanismos adotados pelo próprio software. Há uma fronteira nebulosa em que *loot boxes* adotam tantos elementos de jogos de azar que possam transformar um jogo eletrônico em um jogo de azar e fazê-lo preponderante (Abarbanel, 2018).

Pode ser citado ao menos um exemplo que é quando alguns jogos oferecem, em paralelo ao uso das *loot boxes*, a oportunidade de dentro do jogo eletrônico mercado internos ao jogo que permitem aos jogadores comprarem e venderem os itens obtidos, conhecidos como *Marketplaces*, trocando-os junto a outros jogadores por itens, por uma espécie de dinheiro interno a plataforma, ou mesmo, em alguns casos, por dinheiro real.

É o caso, por exemplo, de jogos da Steam (Steam, 2024), uma famosa plataforma que permite aos jogadores comprar e vender itens de jogos adquiridos usando dinheiro real. Alguns itens vendidos nestes mercados podem chegar a valores exorbitantes, como foi o caso das Skins da Valve para o jogo Counter Strike: Global Offensive a qual a raríssima faca karambit de cor azul é avaliada em mais do que 1,2 milhões de euros (Rawat, 2021) e os dois couriers do jogo Dota 2, que teriam sido vendidos por um total de \$200.000,00 mil dólares ao todo, ou o equivalente a aproximadamente 1 milhão de reais (Rondina, 2021).

Embora o jogo CS:GO não permita mais que seus jogadores possam “sacar” os valores através da compra e venda de itens internamente a própria plataforma, o que faria com que o jogo caísse na definição de jogo de azar já vista anteriormente (Xiao, 2021, p. 44), há plataformas de terceiros, que podem ser parceiras as desenvolvedoras ou são completamente estranhas a elas, que tem permitido que jogadores troquem valores reais por itens vendidos nestes jogos. Na prática, isso significa que embora um item não tenha valor monetário internamente ao jogo, com bons cliques e uma rápida pesquisa no Google, o mesmo passe a ter, bastante que utilize sites de terceiros.

Este foi o caso usado para a troca de itens vistas anteriormente a qual estes itens foram e são trocados por milhares ou mesmo milhões de dólares usando-se sites de terceiros (Abarbanel, 2018). Resta então saber até em que medida as desenvolvedoras de jogos podem ser responsabilizadas pelo estabelecimento de mercados paralelos, a qual os jogadores podem trocar itens por dinheiro real os itens obtidos em sua plataforma.

Inclusive cabe discutir se às plataformas caberia a obrigação de coibir estes sites, como muitas fazem na vida real, proibindo a venda de contas ou a troca por sites terceiros de seus itens usando dinheiro real como é o caso do World of Warcraft (Battle.net, 2024), que as proíbem de acordo com os seus termos de uso e guias de conduta, eventualmente punindo jogadores que realizarem trocas de seus itens juntos a sites de terceiros usando dinheiro de verdade, ou se o mesmo não seria obrigação das próprias desenvolvedoras.

Neste caso, parece que a melhor solução é a adotada em países como a França, que tomou após tomar posição semelhante à autoridade do Reino Unido, mas, ao mesmo

tempo, afirmou que como estes mercados terceiros, desde que não sejam autorizados pelas plataformas, as desenvolvedoras não podem ser responsabilizadas pela troca feitas por elas.

Tal decisão encontra lógica clara na teoria do controle dos fatos, da responsabilidade, e na simples realidade de que embora as desenvolvedoras possam vetar a compra e venda de itens dentro de suas plataformas, eventualmente banindo jogadores que a realizem, seria demasiadamente oneroso colocar-lhes a responsabilidade de ter que responder por sites de terceiros, a qual não se beneficiam de modo direto e a qual não tem o menor controle sobre o destino. Seria uma tarefa quase impossível colocar-lhes este ônus. (Xiao, 2021, p. 37).

3.3 A diferenciação com jogos de azar: Pay to Win

Um segundo aspecto a ser considerado com relação às loot boxes é como o prêmio obtido através destes mecanismos pode ou não influenciar na experiência do jogador dentro do jogo. Explica-se, em muitos jogos, como os citados acima, os prêmios virtuais obtidos pelas loot boxes são apenas cosméticos em sua natureza, ou seja, não influenciam de forma alguma na performance do jogador. São como roupas virtuais, ou usando a nomenclatura usualmente utilizada pelos jogadores, *skins*, que embora alterem a aparência de seu jogador, sinalizam aos demais que você é uma pessoa influente que gosta do jogo ou se dedica ao ponto de ter obtido ou comprado um item valioso, não afeta sua capacidade ou chances reais de vencer em uma partida.

Mas nem todos os jogos funcionam desta forma, há jogos que oferecem itens através de loot boxes que são sim capazes de influenciar na performance do jogador, aumentando as suas chances de vencer a partida, sendo uma tática mais comum em jogos do mercado mobile. Jogos assim já até possuem uma nomenclatura própria, são conhecidos como *pay-to-win*, justamente por levarem a ideia de que o ganhador não é aquele mais habilidoso, mas aquele que mais despendeu dinheiro no jogo. Seguindo a nomenclatura, jogadores que gastam grandes margens de dinheiro para terem vantagens sobre os demais ficaram

conhecidos como *Whales*, baleias em inglês, e os demais, que jogam de graça sem gastar, de *fishs* ou *krills*.

A metáfora por trás dos apelidos é de que assim como no mundo real, em que os cetáceos do grupo dos mysticetos engolem toneladas de pequenos peixes ou krills para se alimentar, jogadores *whales*, que gastaram fortunas para terem uma vantagem sobre os demais podem facilmente vencer a grande quantidade de demais jogadores que apenas jogam de graça (Grguric, 2024).

3.4 A diferenciação com jogos de azar: Exclusividade das Loot Boxes

Outro aspecto que pode tornar as loot boxes mais ou menos problemáticas é se a recompensa a ser oferecida pode ser obtida dentro do jogo, ou se, ao contrário, é uma recompensa que só pode ser obtida através de compras dentro do mercado interno da plataforma, usando-se dinheiro real. É o caso por exemplo do jogo *Hearthstone*, jogo de cartas em formato virtual. Embora o jogo forneça a possibilidade de os jogadores comprarem pacotes de cartas separados na esperança de conseguirem a carta virtual que precisam para tornar o seu deck competitivo, também oferece a possibilidade de o jogador completar missões dentro do jogo, ganhando moedas de uso interno ao jogo de forma que podem comprar pacotes e assim adquirir as cartas que desejam.

No entanto, verifica-se que muitas destas “possibilidades” de aquisição internas de itens oferecidos por loot boxes são na verdade ilusórias, visto que a quantidade que o jogador deveria despendar para conseguir obter os mesmos itens que conseguiria simplesmente comprando as loot boxes seria humanamente impossível, como era o caso do jogo *Star Wars Battlefront II*. Não basta, portanto, que haja a possibilidade de adquirir jogando o jogo, mas também se ela é realista, considerando a quantidade de horas que um jogador deveria gastar para realisticamente alcançar todos os itens disponíveis.

As cartas representavam personagens e habilidades que, para serem melhorados ao máximo, exigiam 155,520 peças (crafting parts), as quais

eram obtidas nas loot crates após algumas horas de jogo. Para se obter todas as 155,520 peças, seria necessário abrir 3.111 loot crates, o que, por sua vez, exigiria 4528 horas de Star Wars Battlefront 2, ao se tomar por base o tempo que leva para receber créditos no jogo, que seriam usados para adquirir as caixas (Allegra, 2017). Em alternativa a isso, o jogador poderia comprar diretamente as loot crates. No entanto, segundo os cálculos feitos à época, para se obter todas as cartas no nível máximo por meio da aquisição de 3.111 loot crates, seria necessário desembolsar o valor de 2100 dólares, algo como aproximadamente 7000 reais no lançamento do jogo, em novembro de 2017, com a cotação da época. (Santos; Magalhães, 2024, p. 64)

4 A DIFERENCIAÇÃO COM JOGOS DE AZAR, A DIMINUIÇÃO DA PROBABILIDADE OU LIMITAÇÃO DE VALOR E O DESAFIO REGULATÓRIO

Um quarto aspecto a ser considerado é se o jogo adota métodos que tornem a loot box menos aleatória para o jogador. O jogo Fortnite, por exemplo, oferece o que se chama de X-Ray Llamas, que são um item especial que permite ao jogador investigar com antecedência o que está sendo oferecido na loot box, de forma que pode decidir comprá-lo e abri-lo naquele momento ou esperar outro dia a qual tenha um item que lhe chame maior interesse.

Na prática tal item remove, de forma bastante engenhosa, parte do próprio elemento de chance inerente a este tipo de sistema, ao menos sob o ponto de vista do jogador, que embora não possa escolher a recompensa a ser oferecida naquele dia, pode, ao menos, esperar até o momento que esteja a lhe ser oferecida uma recompensa que lhe interesse.

This arguably ensures that they are still ‘quite fun’ as the content that the player can choose to purchase (or not) is still randomized on a daily basis and may be a nice, unexpected surprise for the player to look forward to, but also more ‘ethical’ because the change avoids requiring players to blindly pay for randomized content that they do not want (Xiao, 2021, p. 34).

Outros fatores a serem considerados e se o jogo em si adota medidas objetivas de forma a limitar a quantidade que pode ser gasta pelo jogador. Alguns jogos estabelecem limites financeiros para o quanto pode ser gasto individualmente, através de limites a quantidades de *loot boxes* que podem ser compradas.

More ethically designed implementations of loot boxes are defensible and need not necessarily be prohibited. The probability disclosure measure discussed above may assist players in making more informed decisions and therefore becoming less likely to overspend (Xiao, 2021, p. 40).

Todos estes fatores podem de alguma forma influenciar na capacidade do jogador de se viciar ou não com o sistema. Pode ser que um jogo apesar de adotar o sistema de loot box, estabeleça controles objetivos que impeçam de causar danos psicológicos ou de criar vício com relação ao sistema. Diga-se, ainda que haja a presença de um sistema de loot box, há vários mecanismos que podem ser implementados pelo desenvolvedor, como limites de uso, limites de gastos para cada jogador individual, a possibilidade de obter os prêmios oferecidos pelo sistema de loot box através do próprio jogo, apenas jogando, mecanismos capazes de diminuir o aspecto de aleatoriedade, lojas alternativas a qual os itens mais raros ainda podem ser adquiridos, apenas para citar algumas formas.

Enfim, há tantas possibilidades que o que parece mais sábio do ponto de vista legal é manter cautela na implementação regulatória destas ferramentas, mantê-las sob atenção, mas sem necessariamente proibi-las. É a decisão mais sábia, pois vedá-las previamente pode acabar por restringir demasiadamente a criatividade dos desenvolvedores no uso destas, além de não poder se esquecer que a implementação destes mecanismos tratam-se de uma fonte de renda legítima aos desenvolvedores, no sentido, de que pode ser uma dentre as várias ferramentas disponíveis para tornar rentável um jogo que em outras condições, simplesmente não existiria. Há razões ainda econômicas para se permitir o modelo, considerando a prevalência de jogos como *freemiums* e de que parece haver espaço do público para jogos que os utilizam, apesar de protestos dos jogadores. (THE LEGALITY OF..., 2018)

Therefore, in the Author's opinion, the consumer protection issue relating to loot boxes needs not necessarily be solved by the outright ban of loot boxes, which may negatively affect game companies financially and deny players access to certain video game content, and which may not be the best solution to the problem for all parties involved (Xiao, 2021, p. 36).

O caso de crianças parece sábio que haja um certo limite a ser observado com relação ao uso e oferecimento destes mecanismos para elas. Mesmo que se entenda que não há uma correlação entre vício em jogos de azar e o gasto compulsivo em *loot boxes*, algo que ainda está aberto na doutrina, fato é que a legislação atualmente em vigor possui maiores cuidados e preocupações com relação a disponibilidade destes sistemas a menores de idade.

Ainda assim, cabe certa interpretação, e pode ser que mesmo no caso de jogos destinados ao público menor de 18 anos haja mecanismos que os tornem suficientemente brandos de forma que não ofereçam perigos à sua situação especial de pessoas em desenvolvimento. Claro, deve haver mais cuidado com este grupo em particular, pois compreendem menos os mecanismos

5 CONCLUSÃO

Concluindo as reflexões realizadas até o momento, ao menos que esteja sendo tratado de um jogo que permita ao jogador extrair de alguma forma o dinheiro obtido por meio de moeda corrente, a melhor interpretação do dispositivo parece ser de que o Marco Legal dos Jogos Eletrônicos seria possibilitar às *loot boxes* como uma das várias ferramentas à disposição dos desenvolvedores, desde que seja usada de modo responsável e compatível com os princípios e regras da própria legislação, ou seja, esta é uma interpretação menos restritiva do desenvolvimento de jogos no país, e ao parágrafo único do art. 5º do Marco Legal da Indústria dos Jogos Eletrônicos.

Sabe-se que uma interpretação mais rigorosa ou restritiva poderá reduzir demasiadamente a possibilidade de criatividade e o espaço de inovação dos

desenvolvedores. Ainda mais considerando que há outras formas de se adotar mecanismos de aleatoriedade que não necessariamente constituíam o uso de *loot boxes*, ou mesmo que usadas, podem se adotados métodos que na prática mitiguem ou mesmo eliminem as possibilidades de uso excessivo e compulsivo de gastos que a legislação busca proteger.

Obviamente, o dispositivo não pretende abarcar casos como este, mas a título de ilustrar o argumento, se levado ao extremo, jogos que se utiliza de uma de suas principais mecânicas jogos de dados que definem jogadas bem ou malsucedidas dos jogadores, poderia ser desconsiderado como jogo eletrônico simplesmente pelo fato de usar-se desta aleatoriedade como uma de suas principais mecânicas de jogo. Repita-se, é uma interpretação teratológica do dispositivo, mas ilustra bem a necessidade de ter-se certa medida na aplicação do dispositivo.

Em síntese, pode ser que antes da Lei do Marco Legal dos Jogos Eletrônicos pretende coibir o uso destes mecanismos, a Lei esteja dando aos desenvolvedores a tarefa de utilizá-los de forma ética e encontrando formas e maneiras que tornem o seu uso compatível com os princípios da proteção ao consumidor e da dignidade da pessoa humana, evitando práticas que se caracterizem como predatória para seus jogadores, principalmente crianças e adolescentes, bem como deve ser aplicada em harmonia com os direitos fundamentais da Constituição e com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Por fim, a tarefa de desenvolver um ecossistema saudável aos jogadores cabe principalmente aos desenvolvedores, e neste sentido que se deduz dos princípios preconizados pela Lei do Marco Legal dos Jogos Eletrônicos, cabendo fazer uma análise jurídica e buscar a conformidade com o ordenamento jurídico. Assim, somente no caso que não o façam, é que assumem o risco de desconformidade com a legislação cabível e o órgão regulador deverá intervir para coibir práticas que sejam predatórias contra indivíduos, especial e principalmente os mais vulneráveis, menores de idade, crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ABC News (Austrália). What are video game loot boxes and do they encourage gambling? | ABC News. **Youtube**. 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=jh4UYz9apNk>. Acesso em 16 mai. 2024.

ABARBANEL, Brett. Gambling vs. Gaming: A Commentary on the Role of Regulatory, Industry, and Community Stakeholders in the Loot Box Debate. **SSRN**. University of Nevada, Las Vegas; University of California, Los Angeles (UCLA). 25 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3129811>. Acesso em 17 mai. 2024.

C. Suetonius Tranquillus. **Caius Julius Caesar - The Lives Of The Twelve Caesars, V. 1**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=15564. Acesso em 16 mai. 2024.

BRASIL. Lei nº 14.852, de 3 maio de 2024. **Cria o marco legal para a indústria de jogos eletrônicos**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L14852.htm Acesso em: 17 mai. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.259 de 10 de fevereiro de 1944**. Dispõe sobre o serviço de loterias, e dá outras providências. O Presidente da República, usando da atribuição que lhe confere o artigo 180 da Constituição [1944]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del6259.htm. Acesso em: 17 mai. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 9.215, de 30 de abril de 1946**. Proíbe a prática ou exploração de jogos de azar em todo o território nacional. Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, [1946]. Disponível em: Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del9215.htm. Acesso em: 17 mai. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. O Presidente da República [1990]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 8 set. 2024

BRASIL. **Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984**. Dispõe sobre as atividades da eqüideocultura no País, e dá outras providências. O Presidente da República [1984]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/Ccivil_03//LEIS/L7291.htm. Acesso em: 17 mai. 2024.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Lei No 13.709, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 11. set. 2024

ELDERKIN, Beth. Baldur's Gate 3' Wins Game of the Year at the 2024 Game Developers Choice Awards. **GDC**. 20 de março de 2024. Disponível em: <https://gdconf.com/news/baldurs-gate-3-wins-game-year-2024-game-developers-choice-awards>. Acesso em 13 set. 2024.

Extra Credits. The Legality of Loot Boxes - Designing Ethical Lootboxes: I - Extra Credits. **Youtube**. 14 de fevereiro de 2018. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=-Uha5c7hJdA>. Acesso em 16 mai. 2024

Extra Credits. The Legality of Loot Boxes - Designing Ethical Lootboxes: II - Extra Credits. **Youtube**. 28 de fevereiro de 2018. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=26ZX7NbOhks>. Acesso em 16 mai. 2024

Extra Credits. Video Games and Gambling - When Does a Game Cross the Line? - Extra Credits, **Youtube**. 25 de janeiro de 2017. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=4Ozi-S4QMZQ>. Acesso em 16 mai. 2024

GAMESPOT STAFF. Star Wars Battlefront 2's Loot Box Controversy Explained. **GameSpot**. 22 de novembro de 2017, às 12:37 PM. Disponível em: <https://www.gamespot.com/articles/star-wars-battlefront-2s-loot-box-controversy-expl/1100-6455155/>. Acesso em 8 set. 2024.

GERKEN, Tom. Video game loot boxes declared illegal under Belgium gambling laws. **BBC**. 26 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-43906306>. Acesso em 17 mai. 2024

GRIFFITHS, Mark. Is the buying of loot boxes in video games a form of gambling or gaming? **Gaming Law Review**. 1 fevereiro de 2018. Disponível em <https://doi.org/10.1089/glr2.2018.2216>. Acesso em 8 set. 2024

GRIFFITHS, Mark D. Loot box buying among adolescent gamers: a cause for concern? **Nottingham Trent University**. Education and Health, 37 (3), p. 63-66. ISSN 2049-3665. Disponível em: <https://irep.ntu.ac.uk/id/eprint/38055/>. Acesso em 8 set. 2024.

GRGURIC, Mihovil. What Is a Whale in Gaming? Understanding Mobile Game Whales. **Udonis**. 3 jul. 2024. Disponível em: <https://www.blog.udonis.co/mobile-marketing/mobile-games/mobile-games-whales>. Acesso em 7 set. 2024.

GÜR, Dr. Berna Akçali. Structural Comparative Analysis of the Legal Definition of Gambling. **AndHD**. Temmuz 2015;1(2):76-94. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/china/china-issues-draft-rules-online-game-management-2023-12-22/>. Acesso em 6 set. 2024. Acesso em 6 set. 2024.

J. Clement. Video game industry - Statistics & Facts. **Statista**. Media> Video Gaming & eSports. 16 mai. 2024. Disponível em: <https://www.statista.com/topics/868/video-games/#topicOverview>. Acesso em 18 mai. 2024.

HERZSTEIN Erin. **How Computers Generate Random Numbers. Level Up Coding**. Publicado em 7 de Janeiro de 2021. Disponível em: <https://levelup.gitconnected.com/how-do-computers-generate-random-numbers-a72be65877f6>. Acesso em 7 set. 2024.

NINTENDO REMOVES MOBILE GAMES IN BELGIUM. BBC. 23 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-48380660>. Acesso m 7 set. 2024.

RAWAT, Aditya Singh. Extremely Rare CS:GO Knife Allegedly Costs More Than 1.2 Million Euros. This might just be the most expensive CS:GO skin ever!. **AFKGaming**. Updated On: 16 Sep 2021, 08:45 AMDisponível em: <https://afkgaming.com/csgo/news/extremely-rare-csgo-knife-allegedly-costs-more-than-12-million-euros>. Acesso em 8 set. 2024.

ROUNDINA, Steven. A set of unusual Dota 2 couriers has sold for over \$200,000. **WIN.GG** May 5, 2021. Disponível em: <https://win.gg/news/a-set-of-unusual-dota-2-couriers-just-sold-for-over-dollar-200-000/>. Acesso em 8 set. 2024.

SANTOS, Francisco Matheus Damasceno dos; MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Entre sorte e regulação: uma análise das caixas virtuais no contexto legal brasileiro. **Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)**, Fortaleza, v. 22, n. 39, p. 58–86, 2024. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniojuridica/article/view/4657>. Acesso em: 7 set. 2024.

SENA, Felipe. Jogo do Tigrinho: o que é fraude que promete fortuna, mas pode roubar dados. **Gazeta**. 16 mai. 2024. Disponível em: <https://www.agazeta.com.br/es/cotidiano/jogo-do-tigrinho-o-que-e-fraude-que-promete-fortuna-mas-pode-roubar-dados-0524>. Acesso em 17 mai. 2024.

STEAM. **Site da Steam**, 2024. A plataforma para compra de jogos e comprova e venda de itens da Steam. Disponível em: <https://store.steampowered.com/>. Acesso em 7 de setembro de 2024.

BATTLE.NET. Site da Battle.net, 2024. Trading Items and Services for Real Money. Disponível em: <https://us.battle.net/support/en/article/269874>. Acesso em 14 set. 2024

STEWART, I am Feeling Lucky? A Brief History of Gambling with Dice on Our Obsession with Probability. **Literary Hub**. 2 de outubro de 2019. Disponível em: <https://lithub.com/feeling-lucky-a-brief-history-of-gambling-with-dice/>. Acesso em 16 mai. 2024

TAMER, Maurício. An Overview Of Gambling, Betting, Gaming And Wagering Practices: What characterizes these activities and what legal rules relate to them. **Legal Intelligence Center: Exclusive Content Machado Meyer Advogados**. São Paulo, 01 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.machadomeyer.com.br/en/recent-publications/publications/digital-law/an-overview-of-gambling-betting-gaming-and-wagering-practices>. Acesso em 17 mai. 2024.

WOODHOUSE, John. Loot boxes in video games. **UK Parliament**. Research Briefing. Culture, media and sport. Published Tuesday, 13 August 2024. Disponível em: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8498/>. Acesso em 6 set. 2024

XIAO, Leon Y. Regulating loot boxes as gambling? Towards a combined legal and self-regulatory consumer protection approach. **ElgarOnline**. V./Issue: V. 4: Issue 1, Page Range: 27–47, Published: Aug 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.4337/ielr.2021.01.02>. Acesso em 18 mai. 2024.

YE, Josh. China announces rules to reduce spending on video games. **Reuters**. 23 de dezembro de 2023. 11:05 AM GMT-3. Disponível em: <https://www.reuters.com/world/china/china-issues-draft-rules-online-game-management-2023-12-22/>. Acesso em 16 mai. 2024.

O DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR ENQUANTO EXPRESSÃO DOS DIREITOS REPRODUTIVOS: PENSAR A TEMÁTICA À LUZ DO CONTEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988¹

Isabela Vargas Teixeira²
Tauã Lima Verdan Rangel³

RESUMO

O escopo do presente está assentado em analisar o direito ao planejamento familiar enquanto expressão dos direitos reprodutivos. É fato que a Constituição Federal de 1988 representou, para a ordem jurídica brasileira, um importante de ruptura dos padrões e da visão normativo-jurídica vigente. Assim, uma série de questões que vivia à margem do Direito foi alçada ao Texto de 1988, recebendo o acolhimento e o tratamento constitucional, a exemplo do que ocorreu com a inserção do planejamento familiar enquanto princípio de organização das famílias brasileiras e direito a ser promovido e regulamentado na ordem infraconstitucional. O planejamento familiar, nesta toada, se materializa como expressão da autonomia e da liberdade individual, no tocante à gestão e formação das entidades familiares. Aliás, para além disso, prenuncia a inserção dos direitos reprodutivos no âmbito constitucional. A metodologia empregada pautou-se na utilização dos métodos historiográfico e dedutivo; do ponto de vista da abordagem, a pesquisa se apresenta como dotada de natureza exploratória e qualitativa. Como técnicas de pesquisa, optou-se pelo emprego da revisão de literatura sob o formato sistemático.

¹ Artigo científico vinculado ao Projeto de Iniciação Científica “Sob o signo do arco-íris: direito, sexualidade e gênero em convergência – pensar as reverberações da sexualidade no campo do Direito”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES)

² Graduanda do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Correio eletrônico: isabela.tvargas@gmail.com

³ Estudos Pós-Doutorais em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Doutorado e mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Pesquisa “FACES e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”, vinculado à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O direito ao planejamento familiar, assegurado pela Constituição Federal de 1988, representa uma conquista relevante no campo dos direitos reprodutivos no Brasil. Este direito garante aos indivíduos a liberdade de decidirem sobre a configuração familiar de forma consciente e informada, sem sofrer interferências indevidas de terceiros. A Carta Magna de 1988, ao assegurar esse direito, reforça a relevância da autonomia individual, da dignidade humana e da igualdade de gênero, promovendo um ambiente em que homens e mulheres possam exercer seus direitos reprodutivos de forma igualitária.

Contudo, a implementação do direito ao planejamento familiar no Brasil enfrenta desafios que vão muito além da simples previsão constitucional. A implementação de políticas públicas adequadas, o acesso universal a métodos contraceptivos e a educação sexual de qualidade são fatores cruciais para que este direito seja plenamente exercido. Dessa forma, é preciso analisar como o contexto jurídico e social brasileiro, a partir da Constituição de 1988, tem influenciado a percepção e a prática dos direitos reprodutivos, tendo em vista as diferenças regionais, socioeconômicas e de gênero que ainda permeiam a sociedade. Essa reflexão é crucial para compreender as barreiras que ainda existem e as estratégias necessárias para superá-las, garantindo que o direito ao planejamento familiar seja uma realidade para todos.

A trajetória política do Brasil ao longo de mais de cem anos de república é marcada por diversas transições e rupturas. A promulgação da Constituição de 1988, também conhecida como "Constituição Cidadã", foi um marco importante na história brasileira, simbolizando o fim de um longo período de repressão ditatorial e a consolidação de um novo modelo de Estado, onde os direitos e liberdades individuais passaram a ser protegidos de forma mais intensa. Esse processo de redemocratização foi crucial para a criação de um Estado mais representativo e representativo dos desejos da sociedade brasileira.

A Constituição de 1988 foi elaborada por um movimento político e social que teve como objetivo superar as marcas deixadas pela ditadura militar, assegurando uma base

jurídica sólida para a proteção dos direitos fundamentais. A transição do regime autoritário para a democracia não ocorreu de forma imediata, mas sim com o desenvolvimento de um documento que refletia a diversidade de forças políticas e sociais do país. Dessa forma, este período histórico não apenas influenciou as estruturas políticas e jurídicas do Brasil contemporâneo, como também consolidou valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a justiça social, que continuam a nortear a sociedade brasileira.

O papel da família e sua evolução no contexto jurídico brasileiro demonstram a importância fundamental desta instituição para a sociedade. Historicamente, a família sempre foi vista como o fundamento da sociedade, protegida e regulamentada pelas Constituições durante séculos. Em particular, a Constituição de 1988 marcou um marco na promoção de uma visão mais ampla e inclusiva do conceito de família para além do modelo tradicional. Reconheceu a diversidade das configurações familiares, garantindo proteção e direitos a todas as formas de família, sejam elas constituídas por casais homoafetivos ou heterossexuais, ou por vínculos afetivos e sociais.

A evolução das disposições constitucionais sobre direito de família reflete as mudanças sociais e culturais ocorridas no Brasil e no mundo. Com o tempo, o legislador passou a ter em conta valores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre mulheres e homens e o reconhecimento dos sindicatos estáveis e das famílias monoparentais. Estas mudanças demonstram um movimento em direção à despatrimonialização das relações familiares, que valoriza os sentimentos e o bem-estar dos indivíduos como elementos centrais da constituição familiar.

A Constituição de 1988 foi pioneira em assegurar a proteção jurídica para todos os tipos de família, reconhecendo a sua relevância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e igualitária. Ela assegurou que todos os membros das famílias tivessem os mesmos direitos fundamentais, promovendo a igualdade, a liberdade de constituição familiar e o reconhecimento do afeto como valor jurídico. Esses avanços foram fundamentais para a

modernização do Direito de Família no Brasil, uma vez que estão de acordo com os princípios da dignidade, respeito e proteção das relações familiares em suas diversas formas.

O planejamento familiar desempenha um papel essencial na promoção do bem-estar individual e coletivo, proporcionando aos indivíduos e aos casais a autonomia necessária para tomarem decisões informadas sobre as suas capacidades reprodutivas. Não se trata apenas da utilização de métodos contraceptivos, mas de um processo abrangente que inclui educação, acesso a informações e serviços de saúde reprodutiva e consideração de fatores socioeconômicos e culturais. O direito ao planejamento familiar, consagrado na Constituição Federal, reflete a importância de garantir que todos tenham a oportunidade de decidir sobre o número de filhos que desejam ter e o intervalo entre seus nascimentos, protegendo assim a saúde da mãe e do filho e contribuindo para a redução da mortalidade materna e infantil.

Além de ter um grande impacto na saúde e bem-estar das famílias, o planejamento familiar também promove a igualdade de gênero ao fortalecer a autonomia feminina. A possibilidade de decidir quando e quanto ter filhos resultará em uma maior participação das mulheres nas decisões que afetam as suas vidas, o que, por sua vez, terá consequências benéficas para toda a sociedade. O controle eficaz da natalidade pode aliviar a pressão sobre os sistemas de saúde, educação e serviços sociais, contribuindo para um crescimento populacional mais ordenado e planejado, especialmente nos países em desenvolvimento, onde o acesso a esses recursos é limitado.

O reconhecimento do planejamento familiar como um direito constitucional no Brasil, conforme estabelecido pela Lei no 9.263 de 1996, representa um avanço significativo na promoção dos direitos reprodutivos e garantia da autonomia das famílias. Esta legislação garante que todos possam fazer escolhas informadas sobre sua capacidade reprodutiva, protegendo-os de pressões e intervenções indevidas. Ao criar políticas públicas que garantam o acesso universal a métodos contraceptivos seguros e informações claras, o Estado tem um papel crucial na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e saudável, onde a dignidade e a liberdade individual são plenamente respeitadas.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado no estabelecimento das bases históricas sobre a mudança de paradigmas proporcionada pelo Texto Constitucional de 1988. Já o método dedutivo encontrou-se aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza eminentemente qualitativa.

Como técnicas de pesquisa estabelecidas, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida. As plataformas de pesquisa utilizadas foram o *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material empreendido as seguintes expressões “direitos reprodutivos”; “liberdade individual”, “autonomia individual” e “planejamento familiar”.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ENQUANTO PARADIGMA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: PENSAR OS INFLUXOS ADVINDAS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ENQUANTO FUNDAMENTO E SUPERPRINCÍPIO

Ao analisar pouco mais de cem anos de república do Brasil, pode-se dizer que a trajetória política, jurídica e constitucional é permeada de alterações de regime, diferentes tipos de transições, rupturas e permanências. Ao pensar nos eventos que antecederam à promulgação da Constituição de 1988, uma gama de fatores fora responsável pelas alterações na política nacional, o que foi um ponto decisivo na história, para a formação da autenticidade do povo e formação dos Estados brasileiros (Paixão, 2011). A Constituição Federal de 1988, apelidada de “Constituição Cidadã”, se tornou um símbolo de extrema relevância no desenvolvimento de redemocratização nacional. Após um extenso período de repressão ditatorial na história do país, a sociedade brasileira recebia uma Constituição que

assegurava a liberdade de pensamento, aliada também, com mecanismos para evitar abusos de poder do Estado (Bueno, 2018).

A construção de uma narrativa coerente sobre a história do Direito brasileiro, desde o regime autoritário iniciado em 1964 até a elaboração da Constituição de 1988, que atualmente vigora, remonta à lenta transição da ditadura militar à democracia constitucional vigente (Paixão, 2011). A análise do período compreendido entre o final da década de 1960 e a promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988 revela-se extremamente rica e promissora. Ali, foram definidos os rumos que o Brasil tomaria após o término do governo dos generais. Essas demandas, que tiveram desdobramentos e resultados distintos, marcaram a experiência social brasileira e foram fundamentais para a elaboração da Constituição (Reis, 2018).

O período ditatorial no Brasil iniciou-se com o golpe de 1964, quando em 31 de março, um movimento civil-militar derrubou o presidente João Goulart sob a justificativa de combater o comunismo e restaurar a ordem no país. Assim, os militares assumiram o poder, iniciando um período de repressão e controle autoritário (Santos, 2013, p.15). Durante esse período, houve uma suspensão significativa de direitos civis e políticos da população, de modo que a censura à imprensa e a repressão a opositores políticos tornaram-se práticas comuns, como aponta Martins:

Da leitura desses livros e de outros publicados à mesma época, a denúncia da tortura aparece como pedra angular sobre a qual se constrói a memória dos militantes sobre o período mais agudo da ditadura. Nesse sentido, o emprego sistemático das sevícias como método de interrogatório e intimidação, no interior de um sistema sofisticado de repressão, associava indelevelmente as Forças Armadas com esse capítulo triste da história brasileira (Martins, 2002, p.6).

Em 1968, a promulgação do Ato Institucional nº 5 (AI-5) marcou o período mais repressivo do regime, que concedeu poderes extraordinários ao governo como o fechamento do Congresso Nacional e a cassação de mandatos parlamentares (Santos, 2013, p.15). A censura foi aplicada a meios de comunicação, artes e manifestações culturais,

enquanto o regime utilizava tortura, prisões arbitrárias e desaparecimentos forçados para silenciar seus opositores:

O “ato sensor” proibia a veiculação de peças teatrais, filmes, livros, novelas – não o teatro, o cinema, a TV, o mercado editorial. Através de investimentos significativos e da censura, o Estado burocrático-militar soube atrair para si o controle das principais vias de comunicação do país (França, 2009, p. 5).

No âmbito econômico, a década de 1970 foi marcada pelo "Milagre Econômico", caracterizado por um período de crescimento acelerado. No entanto, esse crescimento veio acompanhado de um aumento da dívida externa e da desigualdade social, visto que o regime investiu de maneira significativa em infraestrutura com projetos como a construção da Transamazônica e da usina hidrelétrica de Itaipu, buscando modernizar o país e ampliar sua capacidade produtiva (Veloso; Villela; Giambiagi, 2008). O processo de redemocratização começou no final da década de 1970, sob o governo do presidente Ernesto Geisel (1974-1979), que iniciou uma abertura política gradual, sendo um período marcado pelo fortalecimento de movimentos sociais e sindicais, bem como pela pressão popular por eleições diretas (Kinzo, 2001).

A campanha "Diretas Já", em 1984, mobilizou milhões de brasileiros em prol de eleições diretas para presidente. Em 1985, Tancredo Neves foi eleito presidente de forma indireta, mas faleceu antes de assumir o cargo, e seu vice José Sarney, tomou posse marcando o fim oficial da ditadura e o início da Nova República (Kinzo, 2001). O governo de José Sarney foi um período de transição crucial, onde o mesmo assumiu com a promessa de conduzir o país de volta à democracia plena. O legado da Ditadura Militar no Brasil é complexo e controverso. Em 2011, a Comissão Nacional da Verdade foi criada para investigar e esclarecer as violações de direitos humanos ocorridas durante o regime. O período ainda é objeto de estudos e debates sobre memória, justiça e as consequências políticas e sociais deixadas pelo regime no Brasil (Quinalha, 2013, p. 185). Esse capítulo da

história brasileira deixou marcas profundas na política, na sociedade e na cultura do país, influenciando gerações e moldando o futuro da nação.

Em 1986, foram realizadas eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, responsável por elaborar uma nova constituição democrática. A eleição de 1986 resultou em um Congresso Constituinte que refletia uma ampla gama de forças políticas, incluindo representantes de diversas correntes ideológicas e movimentos sociais (Paixão, 2011). A Assembleia Nacional Constituinte iniciou seus trabalhos em 1987, sob a presidência de Ulysses Guimarães, um dos principais líderes do movimento de redemocratização. O processo de elaboração da nova Constituição foi marcado por intensos debates e participação popular. Foram realizadas audiências públicas, consultas populares e comissões temáticas que discutiram diversos aspectos da vida política, social e econômica do país (Fagnani, 2005).

A Constituição de 1988 procurou garantir direitos e liberdades individuais, fortalecer as instituições democráticas e promover a justiça social e a ampliação dos direitos civis e políticos, como afirma seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (Brasil, 1988).

Em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição foi promulgada, sendo celebrada como a "Constituição Cidadã" devido ao seu enfoque nos direitos humanos e sociais. Essa Constituição marcou o início de uma nova era na história brasileira, com a consolidação da democracia, a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da igualdade e da justiça social (Barroso, 2008). Tal contexto destaca a importância do processo de redemocratização e a luta da sociedade brasileira por um estado democrático de direito, que culminou na

promulgação de uma constituição que reflete os anseios por liberdade, justiça e dignidade para todos os cidadãos.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 estabelece os princípios fundamentais que orientam a organização do Estado brasileiro e garantem os direitos e deveres dos cidadãos. Um dos princípios fundantes é a soberania, que garante ao Estado brasileiro a capacidade de se autogovernar, sem interferência externa (Abreu, 2007). Esse princípio está expresso no artigo 1º, inciso I, da Constituição, afirmando que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Outro princípio central é a cidadania, assegurando aos brasileiros o direito de participar ativamente da vida política, econômica e social do país e o acesso à cidadania plena, proporcionando mecanismos de participação política, como o voto, e o acesso a direitos fundamentais (Abreu, 2007).

A dignidade da pessoa humana é um valor essencial que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Este princípio garante que todas as leis e políticas públicas devem respeitar e promover a dignidade de cada indivíduo, assegurando seus direitos fundamentais (Furlan *et al*, 2015). Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa refletem a busca por um equilíbrio entre a proteção aos trabalhadores e o incentivo à iniciativa privada. A Constituição de 1988 reconhece o trabalho como um direito e dever de todos, garantindo condições justas e dignas para o exercício de atividades laborais, ao mesmo tempo que incentiva a livre iniciativa e a concorrência (Furlan *et al*, 2015).

Os direitos e garantias fundamentais são uma das principais preocupações da Constituição de 1988, incluindo direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, assegurados a todos os cidadãos. Entre esses direitos estão o direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. A Constituição também estabelece princípios para a ordem econômica e financeira do país, com o objetivo de promover o desenvolvimento nacional sustentável e reduzir as desigualdades regionais e sociais (Lopes; Alves, 2016). Entre esses princípios estão a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a livre concorrência e a busca do pleno emprego.

Na ordem social, a Constituição tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Este capítulo abrange a seguridade social, que inclui saúde, previdência e assistência social, além de assegurar direitos como educação, cultura, lazer e meio ambiente equilibrado (Lopes; Alves, 2016). A Constituição adota a doutrina da separação dos poderes, dividindo o governo em três poderes independentes e harmônicos entre si: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Esta divisão visa assegurar um sistema de freios e contrapesos, prevenindo abusos de poder e garantindo o equilíbrio e a estabilidade política (Matos, 2012).

Por fim, a democracia é um princípio fundamental que permeia toda a Constituição, estabelecendo que o poder emana do povo e deve ser exercido em seu benefício. A Constituição prevê a participação popular através do voto, plebiscitos, referendos e iniciativas populares, garantindo que a vontade do povo seja a base da legitimidade do poder político (Spíndola, 2009). Esses princípios fundantes da Constituição Federal de 1988 refletem a busca por uma sociedade justa, livre e solidária, estabelecendo um marco de direitos e deveres que orientam a organização do Estado e a vida dos cidadãos brasileiros (Miranda, 2017).

A dignidade da pessoa humana é um princípio central e essencial no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Esse princípio desempenha um papel vital e multifacetado no sistema jurídico brasileiro, impactando diretamente a interpretação e aplicação das leis, a formulação de políticas públicas e a proteção dos direitos fundamentais (Matos, 2012). Ademais, a Constituição de 1988 eleva a dignidade da pessoa humana a um dos pilares do Estado democrático de Direito, refletindo a preocupação com o respeito e a valorização do ser humano em todas as suas dimensões. Esse princípio estabelece que todas as ações do Estado e da sociedade devem ser orientadas para promover, respeitar e proteger a dignidade humana (Miranda, 2015).

A dignidade da pessoa humana serve como base para a proteção dos direitos fundamentais, que incluem direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Ela

garante que todos os cidadãos tenham acesso a condições de vida dignas, educação, saúde, trabalho e segurança, promovendo a igualdade e a justiça social (Rivabem, 2008). Além disso, este princípio requer que as políticas públicas e as leis sejam criadas para eliminar as discriminações e promover a inclusão social. Os tribunais brasileiros frequentemente recorrem ao princípio da dignidade da pessoa humana para interpretar e aplicar a legislação de forma justa e equitativa, sendo um direito humano que atua como um guia para assegurar que as decisões judiciais respeitem os direitos individuais e promovam a justiça (Lima; Fermentão, 2012).

A dignidade da pessoa humana também atua como uma limitação ao poder do Estado, impedindo que haja abusos e garantindo que as ações governamentais respeitem os direitos dos cidadãos. O Estado deve atuar de maneira que não viole a dignidade dos indivíduos orientando a formulação e implementação de políticas públicas que visam melhorar a qualidade de vida da população (Guasque, 2020). Políticas de saúde, educação, moradia e assistência social são elaboradas com o objetivo de assegurar condições dignas de existência para todos os cidadãos, especialmente os mais vulneráveis. Assim também, no âmbito das relações privadas, a dignidade da pessoa humana influencia a interpretação dos contratos e das obrigações civis, promovendo equidade e justiça nas relações entre indivíduos e empresas (Melo, 2023).

No cenário internacional, o princípio da dignidade da pessoa humana alinha o Brasil com os principais tratados e convenções de direitos humanos, reforçando o compromisso do país com a proteção e promoção dos direitos humanos globalmente (Santos; Franzoi, 2016). A dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, com ampla aplicação e impacto significativo na proteção dos direitos dos cidadãos, na interpretação das leis, na formulação de políticas públicas e na limitação do poder do Estado (Santos; Franzoi, 2016). Ao elevar a dignidade humana a um princípio constitucional, o Brasil assegura que todas as ações e normas jurídicas devam promover o respeito, a proteção e a valorização da vida humana em todas as suas dimensões,

contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária (Borges, 2022).

2 A LIBERDADE DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR COMO COROLÁRIO DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL

A família é a base da sociedade e considerada por muitos como a instituição social mais antiga. As Constituições brasileiras ao decorrer das épocas, foram incluindo em seu conteúdo itens importantes relacionados ao Direito de Família. Com o passar das épocas e mudanças sociais frutos da própria evolução do mundo e do Brasil, os dispositivos passaram a contemplar novos formatos de direitos que antes não eram amparados pela lei máxima do país (Lima, 2016). A Constituição de 1988 foi a grande responsável por incluir princípios de extrema importância ao Direito das Famílias, promovendo uma guinada robusta no processo de despatrimonialização das relações familiares em prol da oxigenação da entidade familiar e da promoção e salvaguarda dos aspectos subjetivos e de índole sentimental, conferindo verdadeira moldura jurídica ao afeto e à busca pela felicidade enquanto paradigmas.

Ao pensar em “família” como uma entidade familiar, passou a nascer diferentes configurações, não existindo somente os modelos de família tradicional, composta por pai e mãe (heterossexuais e cisgêneros) e filhos (Noronha; Parron, 2012). A instituição familiar tomou um significado mais amplo, sendo baseada em laços de amor, afetividade e companheirismo, independentemente de ser constituída por casais homoafetivos, heterossexuais, filhos biológicos ou adotados (Lima, 2016).

O legislador da Constituição teve uma iniciativa inovadora ao promover igualdade, solidariedade, proteção contra seres humanos de variadas faixas etárias, através da inclusão de princípios como a dignidade da pessoa humana criando o ideal de uma sociedade mais justa e igualitária, com a garantia de que os três poderes, trouxessem em suas ações a preservação de valores essenciais e de grande importância social para o desenvolvimento

de qualquer Estado (Miranda, 2013). A família é considerada uma das instituições mais antigas da humanidade, que evoluiu e trouxe consigo transformações que refletem as mudanças sociais que foram se realizando (Barreto, 2013). As instituições familiares são alvo de proteção, como reafirma a Declaração Universal dos Direitos Humanos ao reconhecer o direito à proteção da família, como uma garantia prestada pela sociedade e Estado, como foi descrito no artigo 16 em seu inciso III: “III - A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem o direito à proteção da sociedade e do Estado” (Organização das Nações Unidas, 1948).

Ainda como reflexo do sistema global de proteção dos direitos humanos, pode-se aludir ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que, em seu artigo 23, §1º, de maneira expressa, consagra que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá o direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado” (Organização das Nações Unidas, 1966). No âmbito regional de proteção dos direitos humanos, no continente americano, o Pacto São José da Costa Rica, em seu artigo 17, §1º, apresenta redação de igual densidade jurídica, quando explicita que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado” (Organização dos Estados Americanos, 1969).

A partir deste momento, é perceptível que as ideias difundidas socialmente tiveram influência sobre os legisladores de diversos países, a fim de assegurar, nos ordenamentos jurídicos internos, a dignidade e a proteção da família. O fato de que a Constituição Federal de 1988 ter sido considerada como aquela que garantiu e estendeu muitos dos direitos relacionados à família, antes dela, outras constituições brasileiras já abordavam o tema de forma mais sucinta (Barretto, 2010). A Constituição Brasileira de 1824, por exemplo, não tratava especificamente sobre temas como família e o casamento. Sendo uma Constituição fortemente influenciada pela Igreja Católica, o Texto de 1824 limitava-se em abordar apenas aspectos que fossem relacionados à família real e ao direito sucessório monárquico (Barretto, 2010).

A Constituição Republicana de 1891, também, tratou da proteção à família, reconhecendo somente o casamento civil como forma de união reconhecida, sendo considerado como o único meio de constituir uma família (Costa, 2006). O primeiro decreto (nº. 521/1890) tratava de todos os aspectos do casamento, uma abordagem necessária após a separação do elo entre Igreja e Estado, possuindo entrelinhas a proibição de cerimônias de casamento religiosas antes da realização do casamento civil, passando a considerá-lo como o único válido, independente do culto religioso utilizado, se católico ou outro de livre escolha dos envolvidos (Silva, 2019).

Em 1934, a nova Constituição Federal, elaborada por uma Assembleia Nacional Constituinte, previa, no seu preâmbulo, a criação de um regime democrático que assegurasse à Nação a unidade, a liberdade, a justiça econômica, o bem-estar social e a proteção da família, como visto no art. 144: “Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (Brasil, 1934). Dessa forma, é possível notar que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a assegurar a proteção da família pelo Estado, além de permitir a gratuidade da celebração do casamento, como já estava previsto na Constituição de 1891. Além disso, a cerimônia religiosa, a partir de então, pode ser conduzida por um ministro de qualquer confissão religiosa (Silva, 2019).

A Constituição de 1937 reafirma os mesmos princípios da Constituição anterior, assegurando o apoio estatal às famílias formadas pelo casamento indissolúvel. Em contraste, a Constituição de 1946 apresentou um avanço significativo no Direito de Família, com destaque para as alterações relacionadas ao casamento religioso, que passaram a ter efeitos civis desde que sejam observados os impedimentos, a legislação pertinente e a devida inscrição do ato no registro público (Costa, 2006). Em 1967, a Constituição Brasileira e sua emenda constitucional apresentaram alterações significativas no Direito de Família, mantendo as mesmas garantias já asseguradas pelos artigos da Constituição de 1946 (Costa, 2006).

A Constituição de 1988, promulgada durante a redemocratização do país, considerada "Constituição Cidadã", fundamentada em princípios como o da dignidade da

pessoa humana, promoveu grandes avanços no Direito das Famílias, que passaram a ser vistos sob uma nova perspectiva (Granado, 2022). Dentre os direitos fundamentais da Constituição de 1988, destacam-se os que tiveram maior repercussão no que diz respeito ao Direito das Famílias: dignidade da pessoa humana, solidariedade e autonomia. Além dos princípios supracitados, o legislador constituinte assegurou direitos já existentes nas constituições anteriores e reforçou atitudes que já eram adotadas pela população brasileira ao elaborar um capítulo específico para a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso (Paiano; Sartori; Queiroz, 2023).

Além de acreditar que a família é o alicerce da sociedade e deve receber proteção especial do Estado, a Constituição também garante especificamente os direitos e obrigações inerentes às entidades familiares, como dar igual validade ao casamento civil e ao casamento religioso, reconhecer a união estável como forma de entidade familiar, reconhecer a entidade familiar constituída por um dos genitores e seus descendentes, igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres na união conjugal, a dissolução através do divórcio e planejamento familiar seja livre escolhido pelo casal (Meireles, 2012). Sempre que necessário, com o apoio do Estado, os membros da família são protegidos da violência no âmbito de seus relacionamentos. A Constituição de 1988 teve um impacto significativo no Direito das Famílias, uma vez que, atualmente a família tem o dever, juntamente com a sociedade e o Estado, de proteger a criança e o adolescente e o princípio da dignidade da pessoa humana é consagrado como valor fundamental e deve ser utilizado como referência para a interpretação do Direito de Família (Meireles, 2012).

A Constituição Federal de 1988, promulgada após um longo período de ditadura civil-militar no Brasil, trouxe importantes avanços em diversas áreas, incluindo a concepção de liberdade de constituição familiar, a promoção de princípios fundamentais, como: a isonomia entre os cônjuges, a busca pela felicidade e o afeto (Viegas; Poli, 2015). A liberdade de constituição familiar foi um dos marcos estabelecidos pela Constituição de 1988. O texto da Carta Magna brasileira reconhece a pluralidade de formas de família, garantindo o direito dos indivíduos de formarem suas famílias conforme seus próprios valores e escolhas

(Marcon, 2012). O artigo 226, §3º, por exemplo, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, incentivando sua conversão em casamento. Além disso, o artigo 226, §4º, estende a proteção estatal às famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais e seus descendentes. Essa abordagem pluralista representou uma mudança significativa em relação às constituições anteriores, que tinham uma visão mais tradicional e restrita da família (Lima, 2007).

O princípio da isonomia entre os cônjuges e companheiros também é fundamental na Constituição de 1988. Este princípio está expresso no artigo 226, parágrafo 5º, que afirma que "os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher". Essa igualdade de direitos e deveres representa um avanço significativo na luta contra a discriminação de gênero e na promoção da igualdade dentro do ambiente familiar (Lima, 2007).

A Constituição visa a assegurar que ambos os cônjuges ou companheiros tenham as mesmas oportunidades de participação nas decisões familiares, nos cuidados com os filhos e na administração do patrimônio familiar. Embora a busca pela felicidade não esteja explicitamente mencionada na Constituição de 1988, ela está implícita na promoção do bem-estar social e individual. A ideia de que a família deve ser um espaço de realização pessoal e felicidade está presente no preâmbulo da Constituição e em diversos dispositivos que asseguram direitos fundamentais e garantias individuais. A Constituição promove a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV) e busca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I). Todos esses princípios e objetivos estão interligados com a busca pela felicidade e pelo bem-estar dos indivíduos e das famílias (Viegas; Poli, 2015).

O afeto ganhou um reconhecimento mais explícito no âmbito jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1988. A proteção ao afeto como elemento constitutivo das relações familiares pode ser vista, por exemplo, no reconhecimento de que o casamento, a união estável e as famílias monoparentais devem ser protegidos pelo Estado devido aos vínculos de afeto que os sustentam (Cardin; Frosi, 2010). Além disso, a jurisprudência e a

doutrina jurídica têm avançado no sentido de reconhecer o afeto como um valor jurídico relevante. O princípio do melhor interesse da criança, previsto no artigo 227, reforça a importância do afeto nas relações familiares, garantindo que os direitos das crianças sejam protegidos, incluindo seu direito de convivência familiar e comunitária (Lima, 2016).

Em apertada síntese, a Constituição Federal de 1988 marcou um avanço significativo na concepção de família no Brasil, promovendo a liberdade de constituição familiar, a isonomia entre os companheiros, e reconhecendo a importância da busca pela felicidade e do afeto dentro das relações familiares. Esses princípios refletem uma visão moderna e inclusiva da família, adaptada à diversidade e complexidade das relações humanas na sociedade contemporânea (Marcon, 2012).

3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR ENQUANTO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E EXPRESSÃO DA LIBERDADE INDIVIDUAL REPRODUTIVA

O planejamento familiar é um conceito fundamental para a existência do bem-estar individual e coletivo, abrangendo uma série de práticas e decisões que permitem que cada indivíduo consiga ter controle sobre as decisões relacionadas ao número de filhos que desejam ter, o intervalo entre seus nascimentos, bem como a escolha de não reproduzir. Santos e Freitas, neste sentido, aduzem:

O planejamento familiar deve estar fundamentado na perspectiva do desenvolvimento, permitindo que a família faça sua própria avaliação, elabore seu plano e gerencie de forma sustentável o crescimento dos membros. O que deve ser planejado? Até o momento, o planejamento familiar está restrito à escolha do número de filhos, quando tê-los e como evitá-los. A relação entre número de filhos e a renda é feita baseada nas questões mais imediatas (Santos; Freitas, 2011, p. 1818).

Essa abordagem não se limita apenas ao uso de métodos contraceptivos, mas também um diverso processo educativo, acesso a informações e serviços de saúde reprodutiva, além de considerar fatores socioeconômicos e culturais. A importância do

planejamento familiar reside em sua capacidade de promover a saúde e a qualidade de vida para as famílias, se baseando na segurança e particularidade de cada indivíduo, como comenta Reis, ao apontar o planejamento familiar como um direito consciente que sempre nasce entre duas pessoas (em unidade):

O planejamento familiar é um direito personalíssimo dos consortes. Deve ser uma decisão coerente e consciente de duas pessoas – não é e nem poderá ser unilateral – “O planejamento familiar é de livre decisão do casal...” (destaque nosso) (artigo 1.565, §2º do CC). A liberdade e autonomia da decisão do casal, prescrita pelo texto do Código Civil é direito de personalidade, que são intransmissíveis e irrenunciáveis, a teor do contido no artigo 12 do referido código. Sendo direito pessoal, não poderá ser conspurcado pela intervenção de terceiros, quem quer que seja, instituição privada ou pelo próprio Estado (Reis, 2008, p. 427).

Ao permitir que os casais planejem suas famílias de acordo com suas condições financeiras, emocionais e físicas, o risco de gravidezes indesejadas e de complicações associadas a gestação, parto e pós-parto, é reduzido. Além disso, o espaçamento adequado entre os nascimentos é crucial para a proteção da saúde da mãe e do bebê, reduzindo a mortalidade materna e infantil (Santos; Freitas, 2011).

Outro aspecto relevante em relação ao planejamento familiar, é seu impacto na igualdade de gênero. A capacidade de decidir quando e quantos filhos ter, fortalece a autonomia feminina, permitindo uma participação mais plena no momento de escolher as melhores alternativas, o que trazem implicações significativas para a sociedade como um todo (Sanches; Simão-Silva, 2016). Em termos de recursos, um controle mais eficaz da natalidade pode aliviar a pressão sobre os sistemas de saúde, educação e serviços sociais, além de contribuir para um crescimento populacional mais organizado e planejado.

Em países em desenvolvimento, nos quais o acesso a esses recursos é limitado, o planejamento familiar pode ser uma ferramenta crucial para o desenvolvimento econômico e social (Andrade; Silva, 2009). Dessa forma, para que o planejamento familiar seja eficaz, é necessário garantir que todas as pessoas tenham acesso às informações de forma precisa e compreensível acerca da temática de saúde reprodutiva, bem como a uma variedade de

métodos contraceptivos seguros e acessíveis. Isso implica na necessidade de políticas públicas robustas e a promoção de uma cultura de saúde que valorize e priorize cada vez mais, as escolhas individuais (Andrade; Silva, 2009).

O reconhecimento do planejamento familiar como princípio constitucional representa um avanço significativo na promoção dos direitos reprodutivos e no fortalecimento da autonomia das famílias. No Brasil, esse princípio está consagrado no artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, que estabelece que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Braga; Nabas, 2023, p. 106).

Esse reconhecimento constitucional é de suma importância, pois garante que homens e mulheres possam fazer escolhas informadas e voluntárias sobre a sua capacidade reprodutiva, promovendo assim a saúde e a plenitude das famílias. Além disso, o planejamento familiar está intimamente ligado a outros direitos fundamentais, como o direito à saúde, educação e igualdade de gênero (Alves; Cruz, 2022).

Desse modo, o papel do Estado dentro desse contexto é crucial, uma vez que deve fornecer acesso a métodos contraceptivos, informações e serviços de saúde reprodutiva. Isso inclui a disponibilização de educação sexual nas escolas, a formação de profissionais de saúde e a oferta de programas de planejamento familiar em unidades básicas de saúde (Ribeiro, 2020). O objetivo é assegurar que todos, sem distinção de classe socioeconômica, possam exercer o direito de planejar familiar de forma plena.

Outro ponto importante desse princípio é a proibição de qualquer tipo de coerção, visto que, muitas políticas de controle de natalidade em diferentes países foram marcadas por métodos coercitivos, que violam os direitos humanos e a dignidade das pessoas. A Constituição brasileira, ao proibir essas ações, reforça o respeito à autonomia individual e à liberdade de escolha, como salienta Pereira: “A segurança no planejamento familiar e no

parto como necessidades intermediárias ou satisfadores universais à proteção da saúde física e da autonomia dos seres humanos” (Pereira, 2007, p. 83 *apud* Freitas, 2009, p. 36).

O planejamento familiar, como um princípio constitucional, contribui uma maior promoção da equidade entre os gêneros. Mulheres, em particular, enfrentam desafios muito particulares em relação à saúde reprodutiva e muitas vezes carregam a maior responsabilidade pelo cuidado e criação dos filhos (Costa; Guilhem; Silver, 2006). A garantia, de que mulheres sejam instruídas e orientadas sobre o acesso a métodos contraceptivos e noções básicas sobre o planejamento familiar, é de suma importância para promover a reafirmação de um comportamento de maior autonomia, além de aumentar as chances de desenvolvimento da liberdade perante a sociedade (Reis, 2008).

Assim, o planejamento familiar como princípio constitucional é um componente basilar para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e saudável pois reafirma o compromisso do Estado com a promoção dos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, garantindo que todas as pessoas possam exercer sua autonomia reprodutiva de maneira informada e voluntária (Silva, 2019).

A correlação entre planejamento familiar e liberdade individual reprodutiva é um tema central no âmbito dos direitos humanos e saúde pública. O planejamento familiar trata acerca da capacidade de indivíduos e casais de estabelecerem livremente todas e quaisquer decisões relacionadas às suas vidas reprodutivas e escolhas particulares, que não venham ferir seus próprios ideais ou vontades (Lima, 2021). Em contraste, a liberdade individual reprodutiva é o direito de tomar decisões conscientes e autônomas sobre a capacidade reprodutiva, sem qualquer tipo de interferência, discriminação ou coação.

O planejamento familiar é uma peça fundamental para que cada vez mais, haja autonomia reprodutiva e, por conseguinte, controle próprio de suas vidas em geral, seguindo através da definição dita por Rebeka Lima:

O planejamento familiar trata acerca da capacidade de indivíduos e casais de estabelecerem livremente todas e quaisquer decisões relacionadas às

suas vidas reprodutivas e escolhas particulares, que não venham ferir seus próprios ideais ou vontades (Lima, 2021, p. 12).

Esse controle inclui formas eficazes de se ter acesso a métodos contraceptivos seguros e eficazes, uma educação sexual abrangente ligada com serviços de saúde reprodutiva eficazes (Sousa, 2022). A capacidade de planejar, se e quando ter filhos, permite que as pessoas façam escolhas que melhor atendam às suas necessidades pessoais, sociais e econômicas. Em contraponto ao apresentado, a liberdade individual reprodutiva é reconhecida como um direito humano essencial. Isso significa que todas as pessoas possuem o direito de tomar decisões sobre sua saúde reprodutiva sem amarras indevidas de terceiros, incluindo o a interferência do Estado, parceiros ou outras entidades (Campos; Pinto, 2019).

A correlação existente entre planejamento familiar e liberdade individual reprodutiva, é evidente quando se considera que o primeiro é uma ferramenta para a realização do segundo. O planejamento familiar promove a autonomia pessoal, permitindo que indivíduos e casais façam escolhas baseadas em suas circunstâncias pessoais, valores e aspirações, sem se submeter a pressões externas. Além disso, contribui para a melhoria da saúde, reduzindo riscos associados a gravidezes não planejadas e distribuindo adequadamente as gestações, o que resulta em benefícios para mães e filhos (Almeida; Amaral, 2013).

Não obstante, o planejamento familiar e a liberdade individual reprodutiva estão intrinsecamente interligados entre si. Dessa maneira, ao promover e proteger esses direitos, as sociedades podem avançar significativamente, trazendo cada vez mais, pautas acerca do respeito à reprodução consciente que é fundamental para a construção de um mundo onde todas as pessoas possam viver suas próprias vidas com dignidade e segurança (Almeida; Amaral, 2013).

A Lei nº 9.263, promulgada em 12 de janeiro de 1996, conhecida como “Lei de Planejamento Familiar”, é um marco regulatório fundamental no Brasil que concretiza o princípio constitucional do planejamento familiar, consagrado na Constituição Federal de

1988. Este diploma legal estabelece diretrizes para o exercício responsável da capacidade de ter filhos, assegurando direitos reprodutivos e permitindo que as pessoas tomem decisões informadas sobre suas famílias, além de serem alvo de proteção direta do Estado, como ressaltou Rocha, ao traçar o comentário:

A lei nº 9.263, que concerne ao planejamento familiar e a esterilização voluntária. Tendo como sustento o art. 226, CF/88, enunciando a família como base da sociedade, sendo assim, com especial proteção do Estado. Além dos itens encontrados no §5º, §7º e §8º do mesmo dispositivo, que dão ênfase a matéria pertinente à relação conjugal, discorrendo que os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal são representados igualmente pelo homem e a mulher; em seguida do dever do Estado proporcionar meios científicos e educacionais para o exercício dos direitos envolvidos nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável; a responsabilidade estatal em favorecer assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, promovendo modos de coibir a violência no domínio de suas relações (Rocha, 2018, p.2).

O Brasil, desde seus primórdios, permaneceu com uma cultura patriarcal e pró-natalidade. O antigo Código Civil de 1916, colocava a mulher num papel de inferioridade em relação ao seu cônjuge, o que colocava em vantagem os padrões patriarcais de família cada vez mais (Sousa, 2018). A Carta Magna Brasileira de 1937 mencionava “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado” (Brasil, 1937). Com enfoque neste período, além dos incentivos diretos à reprodução, existiam leis que proibiam o uso de métodos contraceptivos e abortivos (Rocha; Silva, 2018).

Após a Conferência Mundial de População de Bucareste, o país passou a considerar o planejamento familiar um direito das pessoas e dos casais. O Programa de Saúde Materno-Infantil, do Ministério da Saúde, foi a primeira ação governamental a oferecer o planejamento familiar e prevenir a gestação de alto risco (Corrêa; Alves; Jannuzzi, 2006). No entanto, este programa foi criticado pelo seu foco limitado e pela perspectiva estreita que limita a atenção à saúde da mulher ao âmbito materno.

Com a abertura política e a democratização iniciadas nos anos 1980, as questões relacionadas ao planejamento familiar tornaram-se cada vez mais relevantes dentro do contexto da saúde integral da mulher. A discussão sobre o tema alcançou o Parlamento brasileiro em 1996, quando a Lei nº 9.263, que regulamenta o § 7º do artigo 226 da Constituição Federal, foi aprovada e promulgada (Corrêa; Alves; Jannuzzi, 2006).

O 2º artigo da Lei de Planejamento Familiar traz a definição do planejamento familiar como o "conjunto de ações de regulação da fecundidade que garantam direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal" (Brasil, 1996). O artigo ressalta que o planejamento familiar deve ser praticado com liberdade de escolha, sendo vedada de qualquer forma de coerção, o que reforça o caráter voluntário e consciente das decisões reprodutivas, se alinhando ao princípio da dignidade humana (Costa, 2013).

Art. 2º: Para fins desta Lei, entende-se 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).

O artigo 3º da lei estabelece que o planejamento familiar como um direito de todos, sendo dever do Estado proporcionar condições para o seu pleno exercício. Nesse viés, o Estado é a entidade responsável por garantir o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, fornecendo tanto informações quanto métodos contraceptivos de forma gratuita e segura, especialmente para as populações mais vulneráveis que não possuem um acesso tão eficaz (Costa, 2013). Neste sentido, "Art. 3º: O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde" (Brasil, 1996).

O artigo 4º determina que o planejamento familiar deve ser entendido como um direito individual e caráter de livre escolha, fundamentado em informações adequadas e capaz de serem alcançadas. Este artigo reforça a necessidade de que as ações de planejamento familiar sejam pautadas em um atendimento de saúde integral, levando em

consideração aspectos sociais, econômicos e culturais dos indivíduos, além de garantir que as escolhas reprodutivas sejam feitas da melhor maneira possível, e cada vez mais humanizada (Alves; Cruz, 2022). Neste sentido, dita o art. 4º da Lei do Planejamento Familiar: “Art. 4º: O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (Brasil, 1996).

O artigo 5º especifica que o planejamento familiar deve ser realizado através de métodos científicos e éticos que venham a preservar a saúde e os direitos humanos de cada indivíduo singular (Alves; Cruz, 2022). O dispositivo também destaca a utilização de métodos contraceptivos, incluindo os cirúrgicos como a esterilização voluntária, como uma prática que deve ser realizada de acordo com parâmetros éticos e científicos, seguindo informações claras e devida orientação médica, sempre respeitando a vontade livre e consciente da pessoa ou do casal (Alves; Cruz, 2022).

Art. 5º: É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar (Brasil, 1996).

O artigo 6º, por seu turno, estabelece que, além do planejamento familiar, os serviços de saúde pública também devem oferecer assistência integral à saúde da mulher, especialmente em relação à saúde reprodutiva, e garantir uma igualdade de acesso e tratamento para todos. Este artigo enfatiza a importância de uma abordagem ampla, que vá além da simples oferta de métodos contraceptivos, abordando também questões relevantes, como a educação sexual e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis (Coelho; Lucena; Silva, 2000).

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização

estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (Brasil, 1996).

Por fim, o artigo 9º da Lei de Planejamento Familiar trata a temática da esterilização voluntária, regulamentando o acesso e condições. A lei permite a esterilização voluntária, desde que sejam cumpridos determinados requisitos, como a idade mínima de 25 anos ou, ainda, a existência de pelo menos dois filhos vivos (Borges; Vieira, 2024). Essa prática determina que a esterilização só deve ser realizada após um período mínimo de 60 dias entre a manifestação de vontade e o procedimento, garantindo, dessa forma, o tempo necessário para que a decisão seja tomada de forma pensada. Além disso, o artigo salienta que a esterilização deve ser realizada em condições adequadas de saúde e segurança, com o devido acompanhamento médico (Borges; Vieira, 2024).

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção (Brasil, 1996).

Em suma, A Lei nº 9.263/1996 constitui uma importante ferramenta para a proteção dos direitos reprodutivos no Brasil, incentivando a liberdade de escolha no planejamento familiar e assegurando que essas decisões sejam tomadas de forma informada, ética e respeitada aos direitos humanos (Brasil, 2023). Trata-se de legislação responsável por concretizar o princípio constitucional do planejamento familiar ao assegurar o acesso a dados e métodos contraceptivos, bem como regular práticas como a esterilização voluntária, sempre com foco na proteção da saúde e na promoção da igualdade de gênero (Brasil, 2023).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao planejamento familiar, reconhecido na Constituição Federal de 1988, aparece como uma das principais manifestações dos direitos reprodutivos, proporcionando

aos indivíduos a autonomia nas escolhas reprodutivas e controle sobre o próprio corpo. Este direito está indissociavelmente ligado à dignidade humana, igualdade de gênero e ao acesso à informação e recursos que permitem tomar decisões informadas e responsáveis. No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 prevê no art. 226 § 7º que "o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito". Este dispositivo reflete a importância de garantir que o exercício da liberdade reprodutiva seja amparado por políticas públicas que respeitem a pluralidade de valores e crenças da sociedade brasileira, sem coerção ou discriminação.

Pela Constituição de 1988, o planejamento familiar ultrapassa a esfera privada e consolida-se como uma questão de saúde pública e de direitos humanos, exigindo a implementação de programas e serviços que respondam às necessidades de toda a população, com especial atenção aos grupos vulneráveis. O texto da Constituição atribui ao Estado a responsabilidade de fornecer recursos e informações adequadas para que os indivíduos e os casais possam exercer plenamente este direito, respeitando ao mesmo tempo a dignidade e a autonomia de cada pessoa. Portanto, o planejamento familiar, como expressão dos direitos reprodutivos, deve ser entendido não apenas como uma garantia de escolha, mas também como uma obrigação do Estado de promover a igualdade, o bem-estar e a cidadania.

A trajetória política, jurídica e constitucional do Brasil, ao longo de mais de cem anos de república, foi marcada por diversas transições, rupturas e permanências, culminando na promulgação da Constituição de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã". Esse marco jurídico foi essencial no processo de redemocratização do país após um longo período de repressão durante a ditadura militar, garantindo direitos fundamentais e estabelecendo mecanismos para evitar abusos de poder. A Constituição de 1988 não só assegurou a liberdade de pensamento, mas também reforçou a necessidade de participação popular e a proteção dos direitos humanos e sociais.

A análise do período entre o final dos anos 1960 e a promulgação da Constituição de 1988 revela um processo de transição gradual do autoritarismo para a democracia, com

importantes eventos como a campanha "Diretas Já" e a eleição da Assembleia Nacional Constituinte. Durante esse período, foram criadas as bases para o Brasil contemporâneo, com a consolidação de instituições democráticas e a promoção da justiça social. A Constituição de 1988, resultante de intensos debates e participação popular, simboliza o início de uma nova era na história brasileira, orientada pela busca de uma sociedade mais justa, igualitária e comprometida com a dignidade humana.

A trajetória política, jurídica e constitucional do Brasil ao longo do pouco mais de um século de existência da república foi caracterizada por mudanças de regime, transições, rupturas e persistência. A Constituição Federal de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã", foi um marco no processo de redemocratização após a ditadura militar iniciada em 1964, que trouxe repressão e controle autoritário ao país. O período ditatorial foi caracterizado pela suspensão de direitos civis e políticos, censura e repressão aos opositores, sendo a Lei Institucional nº 5 (AI-5) um dos momentos mais repressivos do regime. A redemocratização começou no final da década de 1970 e culminou com a promulgação da Constituição de 1988, que visava garantir os direitos e liberdades individuais e fortalecer as instituições democráticas.

A Constituição de 1988 foi elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 1986, e seu processo de elaboração foi caracterizado por intensos debates e participação popular. Ela é considerada um marco na consolidação da democracia brasileira, na promoção da justiça social e na ampliação dos direitos civis e políticos. Os princípios fundamentais da Constituição, como soberania, cidadania e dignidade humana, refletem a busca de uma sociedade justa e livre e estabelecem as bases para a organização do Estado brasileiro e a garantia dos direitos dos cidadãos. Além disso, a Constituição de 1988 promoveu a separação de poderes e a participação popular na política, garantindo que o poder vem do povo e deve ser exercido para o seu bem. A dignidade da pessoa humana, elevada à categoria de princípio constitucional, orienta a formulação de políticas públicas e a interpretação do direito, garantindo o respeito e a valorização da vida humana. Assim, a

Constituição de 1988 desempenha um papel fundamental na construção de uma sociedade mais justa, igualitária e solidária no Brasil.

O texto destaca a importância da família como base da sociedade e sua evolução ao longo do tempo no Brasil, especialmente à luz das constituições brasileiras. A Constituição de 1988 é destacada como um marco no direito de família, promovendo a privação da paternidade das relações familiares e englobando princípios como o afeto e a busca da felicidade. Esta constituição ampliou o conceito de família, reconhecendo novas configurações baseadas em laços de amor e amizade e fortalecendo a proteção e a igualdade nas unidades familiares.

A evolução das Constituições brasileiras em relação à proteção da família também é abordada. A Constituição de 1824 foi limitada e influenciada pela Igreja Católica, tratando o problema de forma superficial. A constituição de 1934 foi a primeira a garantir a proteção da família pelo Estado, estabelecendo como base o casamento indissolúvel. Já a constituição de 1988 trouxe avanços importantes, como a igualdade de direitos entre homens e mulheres no casamento, o reconhecimento das uniões permanentes e a proteção das famílias monoparentais. Por fim, o texto afirma que a Constituição de 1988 prevê princípios básicos como a igualdade entre os cônjuges, a promoção do bem-estar social e individual e o reconhecimento do amor nas relações familiares. Esses avanços refletem uma visão moderna e completa da família, adaptada à diversidade da sociedade contemporânea e colocam a família como espaço de desenvolvimento pessoal e de busca da felicidade, protegido pelo Estado.

O planejamento familiar é essencial para o bem-estar individual e coletivo, englobando práticas e decisões sobre o número de filhos, intervalo entre nascimentos e a escolha de não reproduzir. Além de métodos contraceptivos, envolve educação, acesso a informações e serviços de saúde reprodutiva, considerando fatores socioeconômicos e culturais. Essa prática promove a saúde, reduz riscos de gravidezes indesejadas e complicações, e é fundamental para a igualdade de gênero, fortalecendo a autonomia feminina e contribuindo para um crescimento populacional organizado. No Brasil, o

planejamento familiar é um direito constitucional garantido pelo artigo 226, §7º da Constituição Federal de 1988, sendo regulamentado pela Lei nº 9.263/1996. Essa lei estabelece diretrizes para o exercício responsável da capacidade de ter filhos, assegurando direitos reprodutivos e promovendo a igualdade de gênero. A legislação também proíbe qualquer forma de coerção, garantindo que as decisões reprodutivas sejam livres e conscientes, e que o Estado forneça acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva.

A Lei de Planejamento Familiar enfatiza o respeito à dignidade humana e à liberdade de escolha, determinando que o planejamento familiar deve ser realizado de forma ética e científica. Ela assegura a oferta de métodos contraceptivos, incluindo a esterilização voluntária, e estabelece a necessidade de uma abordagem integral à saúde reprodutiva, que inclui educação sexual e prevenção de doenças. A legislação é uma ferramenta crucial para a proteção dos direitos reprodutivos no Brasil, promovendo a autonomia individual e a igualdade de gênero.

O direito ao planejamento familiar, consagrado na Constituição Federal de 1988, representa um avanço significativo na promoção dos direitos reprodutivos no Brasil. Ao permitir que os indivíduos e casais decidam de forma livre o número de filhos e o intervalo entre eles, a Constituição garante não apenas o respeito à dignidade humana, mas também o acesso às informações e métodos contraceptivos necessários para essa decisão. Este direito é uma expressão concreta do princípio da liberdade, permitindo que cada indivíduo exerça sua sexualidade de forma responsável e informada, de acordo com suas convicções pessoais e valores.

Além disso, o planejamento familiar também se insere no contexto mais amplo dos direitos sociais, que incluem o acesso à saúde, à educação e ao bem-estar social. A proteção legal oferecida pela Constituição de 1988 reforça a relevância do Estado em promover políticas públicas que garantam o acesso universal aos serviços de saúde reprodutiva, especialmente para populações de baixa renda. Isso é crucial para a diminuição das diferenças sociais e para o empoderamento das mulheres, permitindo que elas tenham

maior controle sobre suas vidas reprodutivas e, conseqüentemente, sobre seu papel na sociedade.

Por fim, a temática do planejamento familiar à luz da Constituição de 1988 evidencia a necessidade de contínuo avanço na garantia dos direitos reprodutivos no Brasil. Apesar dos avanços legais e das políticas implementadas, desafios ainda existem, como o acesso desigual aos serviços de saúde e a educação sexual de qualidade. Sendo assim, é crucial que o Estado, juntamente com a sociedade civil, continue a incentivar a conscientização e a implementação efetiva desses direitos, assegurando que todas as pessoas possam exercer a sua liberdade de reprodução de acordo com os princípios constitucionais de igualdade e justiça social.

REFERÊNCIAS

ABREU, Neide Maria Carvalho. Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *In*: XIV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, **Anais...**, 2007.

ALMEIDA, Patricia Martinez; AMARAL, Daniela Gomes Pereira do. A liberdade no planejamento familiar e a vedação de acesso à reprodução assistida em mulheres com mais de 50 anos pelo Conselho Federal de Medicina. **Revista Thesis Juris**, v. 2, n. 1, p. 121-141, 2013.

ALVES, Henrique Rosmaninho; CRUZ, Alvaro Ricardo Souza. A evolução do conceito de família e seus reflexos sobre o planejamento familiar: uma análise da constitucionalidade dos requisitos para a esterilização voluntária previstos no artigo 10 da Lei nº. 9.263/1996. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, v. 10, n. 2, p. 347-391, 2022.

ANDRADE, Érica da Conceição; SILVA, Leila Rangel da. Planejamento familiar: uma questão de escolha. **Rev. Eletrônica Enferm.**, v. 11., n. 1, p. 85-93, 2009.

BARRETO, Luciano Silva. Evolução histórica e legislativa da família. *In*: **Série “Aperfeiçoamento de Magistrados”**: 10 anos do Código Civil. v. 1. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 205-214. Disponível em: https://emerj.tjrj.jus.br/files/pages/publicacoes/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em ago. 2024.

BARRETTO, Stênio de Freitas. Direito de família na Constituição. **Revista Pensar: Direito**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, p. 38-46, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 25-37, 2008.

BORGES, Ângela Carolinne Alves Leal. **A equiparação do status jurídico dos tratados de Direitos Ambientais aos tratados de Direitos Humanos sob a ótica da ecologização do Direito**: contribuições para o ordenamento jurídico brasileiro no enfrentamento da crise ecológica. Orientador: Prof. Dr. Talden Queiroz Farias. Coorientador: Prof. Esp. Rárisson Jardiel Santos Sampaio. 2022. 99f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2022.

BORGES, Lizandra Gomes; VIEIRA, Vânia Ereni Lima. Esterilização voluntária: análise da Lei nº 9263/96 face ao princípio da autonomia privada da mulher. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 211-231, 2024.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Outorgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em jul. 2024.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: 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, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em ago. 2024.

BRASIL, Gabriella Alves. **Atualizações da lei de planejamento familiar sob a perspectiva da justiça reprodutiva**. Orientador: Profa. Dra. Daniela Sanches Frozi. 2023. 101f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas em Saúde) - Escola de Governo Fiocruz Brasília, Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, 2023.

BUENO, Chris. 30 anos da Constituição Cidadã. **Ciência e Cultura**, v. 70, n. 4, p. 11-13, 2018.

CAMPOS, Orlando Narvaes de; PINTO, Rosa Maria Ferreiro. A ponderação entre o princípio da liberdade e o planejamento familiar. **Anais do Encontro Nacional de Pós-graduação**, v. 3, n. 1, p. 414-417, 2019.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. O afeto como valor jurídico. In: XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, **Anais...**, Fortaleza, 09-12 jun. 2010.

COELHO, Edméia de Almeida Cardoso; LUCENA, Maria de Fátima Gomes de; SILVA, Ana Tereza de Medeiros. O planejamento familiar no Brasil no contexto das políticas públicas de saúde: determinantes históricos. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 34, p. 37-44, 2000.

CORRÊA, Sônia; ALVES, José Eustáquio Diniz; JANNUZZI, Paulo de Martino. Direitos e saúde sexual e reprodutiva: marco teórico-conceitual e sistema de indicadores. In: CAVENAGHI, Suzana (org.). **Indicadores municipais de saúde sexual e reprodutiva**. v. 1. Rio de Janeiro: ABEP, 2006, p. 27-62.

COSTA, Alcione *et al.* História do planejamento familiar e sua relação com os métodos contraceptivos. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 37, n. 1, p. 74-74, 2013.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 6, n. 11, p. 51-70, 2009.

FAGNANI, Eduardo. **Política social no Brasil (1964-2002):** entre a cidadania e a caridade. Orientador: Prof. José Carlos de Souza Braga. 2005. 614f. Tese (Doutorado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.

FRANÇA, Jacira Silva de. Indústria cultural e ditadura militar no Brasil dos anos 70. **Sumaré:** Revista Acadêmica Eletrônica, [s.v.], [s.n.], 2009. Disponível em: https://www.sumare.edu.br/Arquivos/1/raes/02/raesed02_artigo08.pdf. Acesso em ago. 2024.

FREITAS, Ana Teresa Silva de. **Planejamento Familiar a partir da Constituição de 1988:** perspectivas para as famílias e possibilidades legislativas. Orientador: Profa. Dra. Cláudia Maria Costa Gonçalves. 2009. 161f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Centro de Ciências Sociais, Universidade Federal do Maranhão, São Luis, 2009.

FURLAN, Alessandra Cristina. et al. Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais**, [S. l.], v. 8, n. 1, 2015. Disponível em: 10.17921/2448-2129.2007v8n1p%p. Acesso em ago. 2024.

GRANADO JUNIOR, Lúcio Marcos. **A proteção da família na Constituição Federal de 1988.** Orientador: Prof. José Carlos de Oliveira. 2022. 34f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade de Goiás, Goiânia, 2022.

GUASQUE, Denise Freitas Fabião. **Democracia, Direitos Fundamentais, Paradigmas: Justiça Segurança e Liberdade.** Orientador: Prof. Dr. Jaime Rui Drummond Leitão do Vale. 2020. 192f. Dissertação (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Programa de Pós-Graduação em Direito e Ciência Jurídica, Universidade de Lisboa (Portugal), Lisboa, 2020.

KINZO, Maria d.'Alva G. A democratização brasileira: um balanço do processo político desde a transição. **São Paulo em Perspectiva**, v. 15, p. 3-12, 2001.

LIMA, Bruno Ceren. **A Base da Sociedade:** a família e a afetividade. Orientador: Profa. Dra. Iara Rodrigues de Toledo. 2016. 98f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, 2015.

LIMA, Divino José de. **Novo perfil conjugal da família brasileira em face da Constituição Federal de 1.988.** Orientador: Prof. Luciano do Valle. 2007. 88f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Curso de Direito, Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, Rubiataba, 2007.

LIMA, Rebeka Rocha. **Liberdade individual do próprio corpo**: a necessidade de aval do cônjuge para esterilização voluntária. Orientador: Bruno Fonseca Gurão. Coorientador: Caroline Ferraz. 2021. 47f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Curso de Direito, Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Gama 2021.

LIMA JÚNIOR, Paulo Gomes de; FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 12, n. 1, 2012.

LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; ALVES, Domitila Duarte. Dos Direitos e Garantias Fundamentais. **Semana Acadêmica**, v. 1, n. 30, p. 1-12, 2016.

MARCON, Carlos Eduardo. **A interpretação extensiva da família na Constituição federal de 1988**. Orientador: Prof. Dr. Sergio Resende de Barros. 2012. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012

MARTINS FILHO, João Roberto. A guerra da memória: a ditadura militar nos depoimentos de militantes e militares. **Varia História**, v. 28, p. 178-201, 2002.

MATOS, Marilene Carneiro. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v. 23, 2012.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. **Civilistica.Com**, v. 1, n. 1, p. 1-13, 2012.

MELO, Luciana Nóbrega de. **O princípio da dignidade da pessoa humana face à realidade precária da saúde do sistema prisional no estado de Pernambuco**. Orientador: Prof. Dr. José Cunha Machado, 2023. 72f. Dissertação (Mestrado em Direito). Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Minho, Minho, 2023.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 52, p. 71-91, abr.-jun. 2015.

MIRANDA, Jorge. Constituição e democracia. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 65, p. 61-84, jul.-set. 2017.

MIRANDA, Jorge. Sobre a relevância constitucional da família. **Gaudium Sciendi**, n. 4, p. 49-68, 2013.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. A evolução do conceito de família. **Revista Pitágoras**, v. 3, n. 3, p. 1-21, 2012.

PAIANO, Daniela Braga; Sartori Junior, João Antônio; QUEIROZ, Matheus Filipe de. A proteção da família com o advento da Constituição de 1988 e os aspectos da extrajudicialização. **Revista Pensamento Jurídico**, v. 17, n. 3, p. 265-291, 2023.

PAIANO, Daniela Braga; SCHIAVON, Isabela Nabas. O princípio da afetividade como instrumento de reconhecimento da multiparentalidade. **Revista da Faculdade de Direito da FMP**, v. 18, n. 1, p. 102-116, 2023.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. **Araucária: Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, v. 13, n. 26, p. 146-169, 2011.

QUINALHA, Renan Honório. Com quantos lados se faz uma verdade? Notas sobre a Comissão Nacional da Verdade e a “teoria dos dois demônios”. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 15, n. 105, p. 181-204, 2013.

REIS, Clayton. O planejamento familiar: um direito de personalidade do casal. **Revista Jurídica Cesumar-Mestrado**, v. 8, n. 2, p. 415-435, 2008.

REIS, Daniel Aarão. A Constituição cidadã e os legados da ditadura. **Locus: Revista de História**, v. 24, n. 2, 2018.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. Planejamento familiar e reprodução assistida. **Conpedi Law Review**, v. 6, n. 1, p. 138-157, 2020.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 43, 2008.

ROCHA, Maria Clara Arraes Peixoto; DE OLIVEIRA SILVA, Antônia Eudivania. Esterilização da autonomia: Estudo crítico a respeito da lei n 9.263/12/1996 e a medicalização dos corpos. *In: Conferência Internacional de Estudos Queer, Anais...*, 11-13 abr. 2018.

SANCHES, Mário Antônio; SIMÃO-SILVA, Daiane Priscila. Planejamento familiar: do que estamos falando? **Revista Bioética**, v. 24, p. 73-82, 2016.

SANTOS, Desiddee dos Deis. **Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho**. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013.

SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 16, p. 1.813-1.820, 2011.

SANTOS, Solange Freitas dos; FRANZOI, Luís Carlos. Proteção internacional da pessoa humana e sua evolução histórica. **JUSFARESC**: Revista Jurídica Santa Cruz, v. 9, n. 9, 2016.

SILVA, Laurice Aguiar dos Santos *et al.* Planejamento familiar: medida de promoção de saúde, uma revisão bibliográfica. **Revista Extensão**, v. 3, n. 1, p. 151-161, 2019.

SOUSA, Juliane Trajano de. **Liberdade reprodutiva da mulher, uma análise da lei nº 9.263/96**. Orientador: Profa. Ma. Neiva Flávia de Oliveira. 2018. 48f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2018.

SOUSA, Pâmela Rodrigues de. **A Lei de Planejamento Familiar e o cerceamento à liberdade individual: retrocesso aos direitos das mulheres**. Orientador: Prof. Me. José Eduardo Barbieri. 2022. 66f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Escola de Direito, Negócio e Comunicação, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2022.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fabio. Determinantes do "milagre" econômico brasileiro (1968-1973): uma análise empírica. **Revista Brasileira de Economia**, v. 62, p. 221-246, 2008.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. **Duc In Altum** -Cadernos de Direito, v. 7, n. 13, 2015.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos¹
Fernanda Pontes Pimentel²

1 INTRODUÇÃO

A recente Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho que trata sobre assédio e violência no ambiente laboral representou um grande avanço nos instrumentos normativos sobre o tema. Tais comportamentos devem ser combatidos porque afetam a saúde física e mental dos trabalhadores(as), sua dignidade e suas relações sociais e familiares.

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental expresso no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988 e a prática do assédio moral representa um atentado contra o(a) trabalhador(a). Portanto, nunca é demais refletir sobre esse tema e suas consequências no meio empresarial, tanto para o(a) empregador(a) como para os(as) empregados(as) que presenciam ou são vítimas dessa violência.

Embora o Brasil ainda não tenha ratificado a Convenção 190 da OIT, ela não pode deixar de ser observada sob esse argumento, uma vez que o Decreto 9571 de 2018, em seu

¹ Professora da Universidade Federal Fluminense. Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito - PPGSD/UFF. Mestre em Direito das Relações Sociais – PUC/SP. cibelecarneiro@id.uff.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8032320515863835>

² Professora Associada do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito - PPGSD/UFF. Mestre em Direito das Relações Econômicas e Contratuais pela Universidade Gama Filho. fernandapimentel@id.uff.br. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2249611793323903>

artigo 4º impõe às empresas o respeito aos Tratados Internacionais dos quais os seus Estados de incorporação ou de controle sejam signatários; bem como aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.³

Cumprе ressaltar também o princípio da boa-fé objetiva inerente aos contratos em geral, que também se aplica quando se trata do contrato de trabalho. Tal princípio tem por base a lealdade, a probidade, a ética nas relações jurídicas e busca sempre observar as considerações do outro (*alter*). A empresa só pode encontrar a plenitude de sua sustentabilidade se for leal aos seus parceiros, se agir com ética. O lucro deve vir como consequência de um todo e não como fim em si mesmo.

O presente trabalho pretende abordar os elementos que caracterizam o assédio e demais formas de violência mencionadas pela Convenção 190 da OIT e a responsabilidade civil do empregador, uma vez que cabe a ele, em razão da boa-fé, oferecer boas condições de trabalho e manter o ambiente de trabalho socialmente digno, não praticando atos que agredam os direitos da personalidade do(a) empregado(a) e tomando todas as medidas para evitar essa prática.

A dignidade é um valor dos seres racionais, assim como a autonomia da vontade, e decorre da idéia de igualdade e liberdade. O conceito de dignidade da pessoa humana deve

³ Referido Decreto ainda acrescenta:

Art. 5º Caberá, ainda, às empresas:

I - monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa;

II - divulgar internamente os instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos, tais como:

a) os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas;

b) as Diretrizes para Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; e

c) as Convenções da Organização Internacional do Trabalho;

III - implementar atividades educativas em direitos humanos para seus recursos humanos e seus colaboradores, com disseminação da legislação nacional e dos parâmetros internacionais, com foco nas normas relevantes para a prática dos indivíduos e os riscos para os direitos humanos;

IV - utilizar mecanismos de educação, de conscientização e de treinamento, tais como cursos, palestras e avaliações de aprendizagem, para que seus dirigentes, empregados, colaboradores, distribuidores, parceiros comerciais e terceiros conheçam os valores, as normas e as políticas da empresa e conheçam seu papel para o sucesso dos programas; e

V - redigir código de conduta publicamente acessível, aprovado pela alta administração da empresa, que conterà os seus engajamentos e as suas políticas de implementação dos direitos humanos na atividade empresarial.

ser inclusivo. Dele resultam deveres e obrigações mínimos para sua proteção. Esses deveres são impostos tanto ao Estado quanto aos particulares. O conceito em si é uma cláusula aberta que deve se harmonizar com a diversidade de valores da sociedade democrática, portanto, está sempre em desenvolvimento e construção. O fato de não se ter um conceito fixo não a torna algo inatingível, trata-se de um direito fundamental, portanto indisponível e irrenunciável.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) importa não olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano como tal. No entanto, quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir – na esteira do que leciona González Pérez – de uma clarificação quanto ao que se entende por dignidade da pessoa, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações. (Sarlet, 2008)

No caso do direito brasileiro, a dignidade da pessoa humana está positivada no texto constitucional como princípio fundamental. Este reconhecimento pela ordem jurídico-positiva impõe direitos e garantias, bem como deveres para a sua proteção. Não se trata de um valor apenas de conteúdo moral, mas de uma norma jurídica. Por ser um direito fundamental, sua interpretação e aplicação devem ser otimizadas, para concretizá-la plenamente.

As normas que cuidam dos direitos fundamentais devem ter eficácia vertical e horizontal, ou seja, se impõe ao Estado o dever de legislar para garanti-las e protegê-las, como também obriga os particulares a comportamentos positivos ou deveres de abstenção para respeitá-las. No caso do direito do trabalho, quando se trata da dignidade do(a) trabalhador(a), estamos falando dessa eficácia horizontal dos direitos fundamentais. O Empregador, ou seus prepostos, no curso do contrato de trabalho deve observar esse mandamento constitucional.

Para além dessa vinculação (na dimensão positiva e negativa) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares. (...) tal dimensão assume particular relevância em **tempos de globalização econômica, privatizações, incremento assustador dos níveis de exclusão e, para além disso, aumento do poder exercido pelas grandes corporações, internas e transnacionais (por vezes, com faturamento e patrimônio – e, portanto, poder econômico – maior que o de muitos Estados)**, (...)g.n. (Sarlet, 2008)

No caso do assédio moral nas relações de trabalho, não faltam exemplos na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho⁴, dessa prática nefasta por empresas. E o fato de ser uma relação jurídica privada, não significa atuação ilimitada sem respeitar os direitos fundamentais do Estado Democrático. Tal reflexão revela a importância do tema para os operadores do direito, em especial, desse ramo especializado. É crescente o número de casos na jurisprudência envolvendo essa prática nefasta.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL EM DECORRÊNCIA DAS PRÁTICAS DE ASSÉDIO: UMA CONSTRUÇÃO RECENTE

A responsabilidade civil, como instituto jurídico, visa restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico rompido pelo dano causado por ato ilícito, buscando reparar a lesão e recompor a situação anterior à sua ocorrência, em conformidade com o princípio da *restitutio in integrum*. Conforme Sérgio Cavalieri Filho, o anseio de obrigar o agente causador do dano a repará-lo se inspira no mais elementar sentimento de justiça, de modo a restituir a vítima ao *status quo ante*, ou seja, à condição anterior ao evento danoso, tanto quanto possível. Nesse sentido, o autor pontua que a indenização deve ser proporcional ao dano, pois, citando PIZZARO, leciona que “indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto” (Daniel Pizzaro, *Daños*, 1991). Conforme o autor, limitar a reparação é impor à vítima que suporte o restante dos prejuízos não indenizados, o que violaria o princípio de integralidade da reparação.

⁴ AIRR-21654-87.2017.5.04.0203; AIRR-1071-16.2013.5.04.0561

Adicionalmente, Cavalieri esclarece que a teoria da indenização de danos passou a ter bases racionais quando os juristas perceberam, após quase um século de discussões estéreis sobre a culpa, que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil deveria ser buscado na quebra do equilíbrio econômico-jurídico, provocada pelo dano. Conforme a observação de Antônio Montenegro, a partir desse momento, a tese de Hering, que sustentava que a obrigação de reparar nascia da culpa, e não do dano, foi progressivamente superada (*Ressarcimento de danos*, 4 ed., p. 11).

Essa visão está alinhada com a doutrina de Roberto de Ruggiero, que, em suas *Instituições de Direito Civil*, ressalta que "não há ilícito civil se não houver dano". Ele defende que o dano deve ser entendido de forma ampla, abrangendo tanto prejuízos patrimoniais quanto lesões de natureza imaterial, tais como a ofensa à honra, a difamação e a injúria. Para Ruggiero, "é sempre, e indenizável, a ofensa à honra, a difamação, a injúria, porque basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito" (Ruggiero, 1999, p. 588). Em outras palavras, a lesão aos direitos subjetivos de uma pessoa gera a responsabilidade de quem causou o dano, mesmo que não haja prejuízo econômico direto, sendo sempre um dever jurídico derivado da violação do dever originário, seja proveniente de uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Ainda segundo Ruggiero, para que haja responsabilidade civil, é necessário que o fato lesivo seja voluntário e imputável, ou seja, que derive de uma livre determinação da vontade do agente ou de uma conduta culposa — seja por negligência, imprudência ou imperícia. Em suas palavras, "basta o simples discernimento ou um discernimento razoável, isto é, o suficiente para ter como querido o fato que produziu dano, ainda que todas as suas consequências não tivessem sido previstas" (Ruggiero, 1999, p. 589). Nos casos em que a voluntariedade é afetada por condições como a demência, embriaguez ou perturbação psíquica, ainda que transitória, a responsabilidade é excluída, visto que o ato deixa de ser imputável.

O Código Civil brasileiro, no artigo 927, adota uma abordagem similar ao determinar que aquele que causar dano a outrem deve repará-lo, independentemente de dolo ou culpa, sempre que sua conduta possa ser relacionada à violação de um dever jurídico preexistente. Essa diretriz visa a tutelar não apenas os danos patrimoniais, mas também os de ordem imaterial, conforme preconiza a doutrina moderna.

Nesse sentido, a nova redação proposta pelo projeto de reforma do Código Civil avança ao incluir o artigo 927-A, que impõe a todos o dever de adotar medidas preventivas para evitar danos

previsíveis, reforçando uma postura proativa na proteção dos direitos envolvidos. O dispositivo sugere que “todo aquele que crie situação de risco, ou seja responsável por conter os danos que dela advenham, obriga-se a tomar as providências para evitá-los”, incentivando a implementação de políticas institucionais que inibam práticas abusivas e assegurem um ambiente seguro e equilibrado.

A responsabilidade civil ganha particular relevância no ambiente de trabalho, especialmente em situações de assédio moral e sexual, práticas que violam a dignidade e a integridade física e psicológica dos trabalhadores. Com o crescimento do teletrabalho e das novas formas de comunicação digital, essas condutas migraram para o ambiente virtual, caracterizando o chamado “assédio digital”. Enviar mensagens vexatórias, impor metas irreais e expor profissionais a situações constrangedoras em reuniões virtuais são alguns exemplos de práticas abusivas que, se não coibidas, podem configurar assédio e gerar a obrigação de reparação por parte do empregador.

Nesse contexto, a responsabilidade civil objetiva dos empregadores ou tomadores de serviço surge quando estes falham em prevenir ou remediar adequadamente esses comportamentos, considerando o dever de proteção ao ambiente laboral seguro e saudável. Contudo, tendo em vista que a construção do conceito de assédio é bastante recente e ainda não foi assimilada por grande parte da sociedade brasileira, um grande desafio é a definição dessa conduta para o fim de configuração do ato ilícito a ser reparado.

Nesse sentido, é digna de nota a alteração promovida pela lei nº 14.612 de 3 de julho de 2023, ao inserir a definição de assédio moral e sexual no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que passou a prever, em seu artigo 34, § 2º, inciso I, que o assédio moral pode ser compreendido como “a conduta praticada no exercício profissional ou em razão dele, por meio da repetição deliberada de gestos, palavras faladas ou escritas ou comportamentos que exponham o estagiário, o advogado ou qualquer outro profissional que esteja prestando seus serviços a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de lhes causar ofensa à personalidade, à dignidade e à integridade psíquica ou física, com o objetivo de excluí-los das suas funções ou de desestabilizá-los emocionalmente, deteriorando o ambiente profissional”.

Esse dispositivo reflete a preocupação com a integridade física e psíquica dos profissionais, reconhecendo que a repetição de comportamentos abusivos pode levar a um ambiente de trabalho insalubre e degradante. A responsabilização civil, nesses casos, torna-se um instrumento de reparação e de desestímulo a práticas que possam ofender a dignidade e a honra dos advogados e estagiários.

O projeto de reforma do Código Civil também aborda a corresponsabilidade das empresas nos casos de atos ilícitos praticados por seus gestores no exercício de suas funções, com a introdução do artigo 933-A, que prevê a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas. Essa norma amplia a tutela dos direitos dos trabalhadores, estimulando a criação de mecanismos internos de controle e prevenção de assédio, tanto no ambiente físico quanto no virtual, tornando a responsabilidade civil um instrumento efetivo de proteção, não apenas na reparação dos danos, mas na criação de ambientes de trabalho mais seguros e respeitosos para todos.

No âmbito da Justiça do Trabalho há um número significativo de casos envolvendo assédio moral e sexual. Nos últimos três anos, foram julgadas mais de 419 mil ações relacionadas a esses temas, com um aumento de 5% nos casos de assédio moral durante o período. Essa estabilidade no v. de ações novas pode indicar uma maior conscientização e assertividade dos trabalhadores em reivindicar seus direitos perante situações de abuso no ambiente de trabalho, tanto físico quanto virtual (TST).

Essa busca de proteção em face dos assédios já se reflete nas decisões das Cortes Superiores, conforme se percebe na didática decisão prolatada pelo TRT-15, no ROT 100314920155150022 0010031-49.2015.5.15.0022, publicado em 02/09/2019, que trabalha a conceituação dessa conduta ilícita, a saber:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO - OFENSA À HONRA, À IMAGEM E À DIGNIDADE DA TRABALHADORA CONFIGURADA. Tem-se por assédio moral no trabalho toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. A doutrina destaca que o assédio moral como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, possui quatro elementos, a saber: "a) Conduta abusiva; b) Natureza psicológica do atentado à dignidade psíquica do indivíduo; c) Reiteração da Conduta; d) Finalidade de exclusão" (Rodolfo Pamplona Filho). No caso, em face da conduta da empresa, é de todo possível se concluir que houve aviltamento à integridade moral da reclamante, aí incluídos aspectos íntimos da personalidade humana, sua honra e imagem, haja vista que a ré, por seus prepostos, excedeu seus poderes de mando e direção ao desrespeitá-la no dia adia. É evidente que tal conduta do empregador não pode ser suportada, devendo arcar com a indenização por dano moral, com

supedâneo no Código Civil, artigos 186 , 187 e 932 , III , em função de odioso assédio moral no trabalho (grifou-se).

Além disso, o conceito de assédio moral no trabalho remoto, ou "teleassédio", tem sido cada vez mais discutido. Esse tipo de assédio inclui práticas como sobrecarga de tarefas, mensagens fora do horário de expediente e uso excessivo de ferramentas de monitoramento que afetam o bem-estar do trabalhador. Estudos e doutrinas jurídicas destacam que, em muitos casos, a falta de limites claros no teletrabalho contribui para a ocorrência desse fenômeno.

A preocupação das cortes julgadoras trabalhistas com os casos de assédio moral virtual está crescendo conforme o aumento do trabalho remoto e o uso de ferramentas digitais. Esse tipo de assédio se configura por condutas abusivas repetitivas, como humilhações e críticas destrutivas, realizadas por meio de e-mails, aplicativos de mensagens e outras plataformas digitais, afetando a dignidade e a saúde psicológica dos trabalhadores. Em síntese, a responsabilidade civil, tanto no direito comum quanto no âmbito trabalhista e profissional, orienta-se pela reparação integral do dano e pelo restabelecimento do equilíbrio rompido, abrangendo todas as formas de lesão aos direitos, sejam materiais ou imateriais, reforçando a importância de um ambiente laboral que respeite a dignidade humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a responsabilidade civil se revela um instituto jurídico fundamental na busca pela restauração do equilíbrio jurídico-econômico rompido por atos ilícitos, promovendo não apenas a reparação integral dos danos, mas também a proteção da dignidade humana nas relações laborais. Ao enfatizar a importância de reparar tanto os prejuízos materiais quanto os danos imateriais, como a ofensa à honra e à integridade psíquica, o ordenamento jurídico brasileiro reafirma seu compromisso com a justiça social e a tutela dos direitos fundamentais.

O recente avanço legislativo, que introduz definições claras de assédio moral e sexual, demonstra uma evolução significativa na proteção dos trabalhadores, especialmente em um contexto marcado pela precarização e pela globalização das relações de trabalho. Ao ampliar os conceitos de violência e assédio, a legislação se alinha aos preceitos constitucionais e ao ordenamento infraconstitucional, ratificando a expectativa da sociedade, do legislador e dos tribunais por um ambiente de trabalho digno. O assédio moral, ao ser reconhecido como uma verdadeira "doença social", evidencia a necessidade de coibir abusos, sejam eles resultantes do exercício indevido de direitos ou da sua omissão.

Além disso, não devemos permitir que o discurso da globalização traga para o direito do trabalho uma regressão das conquistas já alcançadas. A competitividade não deve ser vista como uma justificativa para a flexibilização ou a renúncia de direitos dos trabalhadores. As empresas devem adotar uma postura ética, comprometendo-se com o bem-estar e a justiça social, em vez de priorizar apenas a eficiência econômica. Nesse cenário, a responsabilidade civil assume um papel ainda mais crucial, pois se torna uma ferramenta para garantir que os direitos dos trabalhadores sejam efetivamente protegidos contra as pressões decorrentes da globalização.

A obrigação de adotar medidas preventivas, conforme previsto no novo Código Civil, reflete uma postura proativa e necessária para garantir um ambiente laboral seguro e saudável. A crescente preocupação com o assédio, especialmente em contextos de teletrabalho e comunicação digital, destaca a urgência de se reconhecer e coibir comportamentos abusivos que comprometem a integridade psíquica dos trabalhadores.

A Constituição Federal, ao consagrar a valorização do trabalho humano em seu artigo 170, deve ser um norte para a atuação das empresas e do Judiciário, que têm a responsabilidade de coibir práticas que precarizam as relações de trabalho. A sociedade solidária, que busca a fraternidade e não inimiza os homens entre si, deve refletir uma cultura em que o sujeito é tratado com dignidade, não apenas como um recurso. A valorização do trabalho humano deve ser aliada à função social da propriedade,

assegurando que as empresas cumpram seu papel ético na busca pelo bem-estar e pela justiça social.

Dessa forma, a responsabilização civil não é apenas um meio de reparação, mas um mecanismo vital na construção de um ambiente de trabalho que respeite e promova a dignidade de todos os envolvidos. A luta contra o assédio e a precarização deve ser uma preocupação central nas discussões jurídicas e sociais, garantindo que os direitos dos trabalhadores sejam efetivamente respeitados e promovidos. Portanto, a responsabilidade civil se torna um pilar essencial na edificação de um futuro onde a dignidade, a ética e a solidariedade sejam as normas, contribuindo para uma sociedade mais justa e igualitária.

A integração dos direitos humanos e do respeito ao trabalho digno fortalece o tecido social e estabelece um novo paradigma para as relações laborais, onde a prevenção e a reparação andam de mãos dadas em prol de um ambiente de trabalho mais humano e equilibrado. É imperativo que todos os atores sociais — empresas, legisladores e o Judiciário — atuem em conjunto para garantir que cada trabalhador seja tratado com o respeito e a dignidade que merece, promovendo um verdadeiro compromisso com a justiça e a dignidade no trabalho, sempre respeitando os princípios da boa-fé objetiva e do desenvolvimento sustentável. Assim, é possível construir uma sociedade em que o valor do trabalho humano seja preservado, mesmo diante dos desafios impostos pela globalização.

REFERENCIAS

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. **O Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Direito do Trabalho e o Assédio Moral**. Disponível em http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jouberto_cavalcante/jouberto_cavalcante_o_direito_do_trabalho.pdf . Consultado em 08/04/2014.

CALVO, Adriana. **Assédio Moral Institucional**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/arquivos/adriana_calvo_verbete_institucional.pdf. Consultado em 08/04/2014.

<https://www.camara.leg.br/noticias/849902-bancada-feminina-defende-ratificacao-de-convencao-internacional-que-combate-assedio-no-trabalho/>

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2008.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13 ed.. São Paulo: LTR, 2014

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:3999810

https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51283321/do1-2018-11-22-decreto-n-9-571-de-21-de-novembro-de-2018-51283123

<https://jurisprudencia.tst.jus.br/>

MENEZES, Cláudio Armando Couce. **Assédio Moral e seus Efeitos Jurídicos**. Disponível em: <http://www.amatra17.org.br/arquivos/49fa063678733.pdf>

MORAES. Gardênia Borges. **Dano Moral nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2003.

<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-publica-ratificacao-convencao-190-oit-assinada.pdf>

PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Noções Conceituais sobre Assédio Moral na Relação de Emprego**. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/rodolfo_pamplona_filho/rodolfo_noes_conceituais.pdf

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil**, v. 3, Ed. Bookseller, Campinas, 1999, p. 588-589.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Convenção 190 da OIT: violência e assédio no mundo do trabalho**. Disponível em: <https://andt.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Convenc%CC%A7a%CC%83o-190-da-OIT.04.09.2019-Rodolfo.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6 ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/a-mulher-esta-mais-sujeita-ao-assedio-em-todas-as-carreiras>

GREVE: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO

Wladimir Tadeu Baptista Soares¹

RESUMO

Este artigo aborda a greve no serviço público como um direito humano fundamental de natureza social de todo servidor público e cláusula pétrea constitucional, fazendo uma crítica ao STF quanto a decisão que autoriza a Administração Pública a processar o desconto do salário do servidor público em greve, independentemente da greve ser considerada legal por órgão do Poder Judiciário.

Segundo Vólia Bomfim, “Greve é a cessação coletiva e voluntária do trabalho, decidida por sindicato de trabalhadores assalariados de modo a obter ou manter benefícios ou para protestar contra algo” (Bomfim, 2022, p. 1.381).

Para Nicolas Pizarro Suarez,

Greve é a suspensão temporal do trabalho, resultante de uma coalizão operária – acordo de um grupo de trabalhadores para a defesa de interesses comuns -, que tem por objetivo obrigar o patrão a aceitar suas exigências e conseguir, assim, um equilíbrio entre os diversos fatores da produção, harmonizando os direitos do trabalho e os do capital (Suarez; *apud* Pinto, 1993, p. 291).

Maurício Godinho Delgado acrescenta:

¹ Advogado. Médico da DPVS/CASQ – UFF. Professor do Departamento de Medicina Clínica da Faculdade de Medicina da UFF. Residência Médica em Clínica Médica (HUAP-UFF). Especialização em Medicina do Trabalho (UFF). Especialização em Direito Processual Civil (UFF). Mestre em Justiça Administrativa (UFF). Doutor em Direitos, Instituições e Negócios (UFF). E-mail: Wladuff.huap@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6529572400662383>

A greve é, de fato, mecanismo de autotutela de interesses; de certo modo, é exercício direto das próprias razões, acolhido pela ordem jurídica. É, até mesmo, em certa medida, “direito de causar prejuízo”, como indica o jurista Washington da Trindade. [...] Embora proibida nos primeiros tempos do sindicalismo e do Direito do Trabalho, assim como nas distintas experiências autoritárias vivenciadas ao longo dos últimos dois séculos, a greve afirmou-se nas sociedades democráticas como inquestionável direito dos trabalhadores (Delgado, 2024, p. 1.665 – 1.666).

Para Alexandre de Moraes,

A greve pode ser definida como um direito de autodefesa que consiste na abstenção coletiva e simultânea do trabalho, organizadamente, pelos trabalhadores de um ou vários departamentos ou estabelecimentos, com o fim de defender interesses determinados (Moraes, 2023, p. 272).

Conforme dispõe o artigo 2º da Lei n. 7.783/1989 (Lei de Greve), “considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”. Nesse contexto, importante observar o disposto no artigo 6º, § 2º desta mesma Lei de Greve, nos seguintes termos: “é vedado às empresas adotar meios para constranger o empregado ao comparecimento ao trabalho, bem como capazes de frustrar a divulgação do movimento”. Sendo assim, ameaças de corte de salário do trabalhador/servidor público que esteja em greve, por decisão do empregador/Administração Pública, é, no meu entendimento, uma medida que visa constranger o trabalhador/servidor público a abandonar o movimento grevista, haja vista que o não recebimento do salário põe em risco de sobrevivência a classe trabalhadora que está em greve.

É inerente ao exercício do direito de greve causar prejuízos ao empregador, sendo isto a maior força de pressão dos trabalhadores/servidores públicos, de modo a obrigar o empregador a abrir uma mesa de negociação. Logo, é da natureza do movimento grevista a constatação de que algum desequilíbrio está ocorrendo na relação capital-trabalho, em que a classe trabalhadora está se sentindo prejudicada, sendo, por essa razão, levada a recorrer à greve, de modo a reequilibrar as coisas, momento em que o empregador, sofrendo algum

prejuízo, vê-se forçado a abrir uma mesa de negociação com representantes da classe trabalhadora, com vistas a atender, parcial ou totalmente, as suas reivindicações, pacificando, assim, o conflito existente.

Todavia, conforme explica Lúcia Valle Figueiredo, “o direito de greve não pode esgarçar os direitos coletivos, sobretudo relegando serviços que ponham em perigo a saúde, a liberdade ou a vida da população” (Figueiredo, 2008, p. 631).

Segundo entendimento de José dos Santos Carvalho Filho,

Se a própria Administração [...] ajustar com servidores a paralisação das atividades, estará reconhecendo a legitimidade das faltas e não poderá suspender o pagamento dos vencimentos nem efetuar descontos relativos aos dias não trabalhados (Carvalho Filho, 2024, p. 644).

Então, por analogia, neste contexto, não cabe, no meu entendimento, qualquer cobrança de reposição de dias não trabalhados após o término da greve. Citando Cassio Mesquita Barros, Alexandre Moraes acrescenta:

O direito de greve, sob o ponto de vista da teoria jurídica, se configura como *direito de imunidade* do trabalhador face às consequências normais de não trabalhar. Seu reconhecimento como direito implica uma permissão de não cumprimento de uma obrigação (Moraes, 2024, p. 255).

Durante muitos anos, a greve no serviço público foi proibida, sendo em muitos períodos da nossa história até criminalizada. Somente a partir de 05 de outubro de 1988, com a promulgação da nossa Constituição Federal de 1988, é que a greve no serviço público foi constitucionalmente reconhecida como um direito do servidor público. E, se é um direito, ninguém pode proibir ou impedir o seu livre exercício.

Contudo, a greve no serviço público é um tema ainda muito discutido; porém, no meu entendimento, sem tocar em um ponto essencial, que é a sua natureza jurídica de um direito humano fundamental de natureza social, o que faz toda a diferença no momento de se julgar a legalidade de uma greve deflagrada por servidores públicos.

Sobre os direitos fundamentais, citando Jorge Miranda, assim leciona Paulo Gustavo Gonet Branco:

[...] Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas (Branco; In: Mendes; Branco, 2023, p. 104).

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “o termo *direitos fundamentais* se aplica àqueles direitos (em geral atribuídos à pessoa humana) reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2023, p. 277). Alexandre de Moraes acrescenta:

A natureza jurídica constitucional dos direitos e garantias fundamentais coloca-os em elevada posição hermenêutica em relação aos demais direitos previstos no ordenamento jurídico, apresentando diversas características: imprescritibilidade (os direitos humanos fundamentais não se perdem pelo decurso do prazo); inalienabilidade (não há possibilidade de transferência dos direitos humanos fundamentais, seja a título gratuito, seja a título oneroso); irrenunciabilidade (os direitos humanos fundamentais não podem ser objeto de renúncia); inviolabilidade (impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal); universalidade (a abrangência desses direitos engloba todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica); efetividade (a atuação do Poder Público deve ser no sentido de garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos, com mecanismos coercitivos para tanto, uma vez que a Constituição Federal não se satisfaz com o simples reconhecimento abstrato); interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades); complementariedade (os direitos humanos fundamentais não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte); relatividade (os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo*

da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito) (Moraes, 2023, p. 41-42).

Prevista no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais), artigo 9º, da Constituição Federal de 1988 – a nossa Constituição Cidadã –, a greve se revela como um direito fundamental de natureza social e, portanto, cláusula pétrea constitucional, nos termos do parágrafo 4º, inciso IV (*por uma interpretação extensiva*), do artigo 60 do referido Texto Constitucional, ao afirmar que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda *constitucional* tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Sobre isso, nas palavras de Francisco de Assis Cabral:

Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma ser a expressão *direitos e garantias* equivalente a direitos e garantias fundamentais; ela abrange também os direitos sociais, que, desse modo, não podem ser suprimidos do texto constitucional. Nesse mesmo sentido, o STF entendeu que, em decorrência da regra inserta no § 4º, inciso IV, do artigo 60, ora abordado, e de uma interpretação sistemática do texto constitucional, os direitos individuais, sociais, de nacionalidade e políticos seriam explicitamente (diretamente ou por decorrência) inalteráveis, porquanto os direitos sociais, políticos e de nacionalidade são essenciais para o exercício válido e eficaz dos direitos individuais e, como consequência lógica, inalteráveis por meio de emendas à Constituição (Cabral; in: Machado; Ferraz, 2022, P. 459).

Nesse sentido, importante observar o disposto no artigo 5º, § 2º, da CF/88, nos seguintes termos: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O artigo 37, inciso VI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) estabelece que “é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical”. Logo, atende ao Princípio da Legalidade – um dos Princípios Constitucionais da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88) – a organização sindical dos servidores

públicos civis de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal, Municípios). E é a partir de uma decisão sindical democrática que a greve no serviço público acontece.

Desse modo, cabe a todo servidor público sindicalizado obedecer àquilo que foi discutido, votado e aprovado na assembleia de servidores públicos, em que se discutiu sobre deflagrar ou não uma greve. A democracia funciona desse jeito. Portanto, “furar uma greve” legitimamente iniciada é romper com o Princípio Democrático.

Segundo Kreuz,

Apenas com a efetivação do direito a negociação coletiva do servidor se garante o conteúdo jurídico e político adequado ao direito de greve, que passa a ser exercido como alternativa a uma tentativa frustrada de acordo coletivo entre sindicato e Administração. E, ao longo da greve, há a possibilidade de se garantir tais demandas através de novas negociações entre as partes, além da possibilidade de utilização de formas alternativas de resolução do conflito. Não há, assim, qualquer sentido em se atribuir o direito de greve a esse grupo de trabalhadores sem que lhes seja garantido o diálogo com a Administração em torno tanto da remuneração quanto das demais condições de trabalho (Kreuz, 2021, p. 12).

Com isso, “do mesmo modo que a negociação coletiva realizada entre a Administração e o sindicato dos servidores é possível antes de deflagrar a greve, deveria ser possível também para fins de pacificá-la” (Lima; Moraes; Lima, 2023, p. 6). Estes mesmos autores acrescentam:

Para que a greve atinja sua finalidade, é preciso que de um lado esteja o sindicato para tentar todos os meios legítimos de alcançar as melhorias almejadas, e do outro, que existam instrumentos capazes de abrir o diálogo com a Administração Pública. A negociação coletiva faz esse papel (Lima; Moraes; Lima, 2023, p. 9).

O artigo 9º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), dispõe que “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Nesse sentido,

esclarece Odair Márcio Vitorino: “A greve é direito social coletivo que permite a paralisação temporária da disponibilidade da força de trabalho com o intuito de conquistar melhorias das condições salariais ou de trabalho”. (Vitorino. In: Machado; Ferraz, 2022, p. 72).

Sobre os objetivos da greve, assim leciona Maurício Godinho Delgado:

A greve é mero instrumento de pressão, que visa propiciar o alcance de certo resultado concreto, em decorrência do convencimento da parte confrontada, é movimento concertado para objetivos definidos, em geral, de natureza econômico-profissional ou contratual trabalhista (Delgado, 2024, p. 1.673).

Segundo Alexandre de Moraes,

Incluem-se no direito de greve diversas situações de índole instrumental, além do fato de o empregado *não trabalhar*, tais como a atuação de piquetes pacíficos, passeatas, reivindicações em geral, a propaganda, coleta de fundos, “operação tartaruga”, “cumprimento estrito do dever”, “não colaboração” etc. (Moraes, 2024, p. 255).

Entretanto, tratando-se de greve no serviço público, não raro, outros objetivos são pretendidos, tais como mais verbas para o setor (por exemplo, mais verbas para o SUS, para as Universidades Públicas etc.), expressando, assim, a defesa de um interesse público de toda a sociedade (interesse público primário): melhor eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos à comunidade.

Portanto,

No que diz respeito aos interesses contemplados, é claro que a grande maioria das greves dirige-se a temas contratuais, reivindicações trabalhistas, sendo esse o conduto essencial de desenvolvimento do instituto ao longo da história do capitalismo. Entretanto, sob o ponto de vista constitucional, as greves não necessitam circunscrever-se a interesses estritamente contratuais trabalhistas (embora tal restrição seja recomendável, do ponto de vista *político-prático*, em vista do risco da banalização do instituto – aspecto a ser avaliado pelos trabalhadores). Isto significa que, a teor do comando constitucional, não são, em princípio, inválidos movimentos paredistas que defendam interesses que não sejam

rigorosamente contratuais – como as greves de *solidariedade* e as chamadas *políticas*. A validade desses movimentos será inquestionável, em especial se a solidariedade ou a motivação política vincularem-se a fatores de significativa repercussão na vida e trabalho dos grevistas (Delgado, 2024, p. 1.679).

Carlos Henrique Bezerra Leite esclarece que

A greve, portanto, é meio de luta dos trabalhadores, em função do que assume caráter instrumental de acordo com o ordenamento jurídico de um determinado Estado. É, pois, direito que se conexiona com o princípio jurídico da igualdade (Leite, 2023, p. 677).

Desse modo, a greve é parte da luta dos servidores públicos e dos trabalhadores por dignidade, por igualdade não somente formal, mas também – e principalmente – por igualdade material, por respeito e valorização da sua força de trabalho. Assim, “no moderno Estado social e democrático de Direito, a greve apresenta-se como um dos instrumentos de promoção da igualdade substancial entre as duas forças produtoras de riqueza: o Capital e o Trabalho” (Leite, 2023, p. 680).

Como cláusula pétrea constitucional, a greve iniciada pelos servidores públicos, no meu entendimento, é um direito que deve ser exercido na sua plenitude, embora com responsabilidade social, a partir da defesa de interesses reconhecidos como “justa causa” para a deflagração do movimento grevista, o que assegura a sua legitimidade e legalidade, afastada, assim, a acusação de abuso de direito, e sem deixar de observar a legislação infraconstitucional que venha regulamentar o efetivo exercício desse direito, porém, sem constrangê-lo.

Em regra, no caso de greve no serviço público, essa “justa causa” está contida no próprio Texto Constitucional ou na lei, ao revelar uma omissão do Poder Público, ou um abuso do Poder, ao desrespeitar um mandamento constitucional ou uma norma legal. É o que podemos observar, por exemplo, quando o Poder Público (Administração Pública) deixa de cumprir o estabelecido no artigo 37, inciso X, da Constituição Federal de 1988, principalmente quando o faz de forma reiterada:

Art. 37, X, CF/88: “A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

O artigo 1º da Lei n. 10.331/2001 estabelece que as remunerações e os subsídios dos servidores públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais, serão revistos, na forma do inciso X do artigo 37 da Constituição, no mês de janeiro, sem distinção de índices, extensivos aos proventos da inatividade e às pensões.

Desse modo, constitui justa causa para a greve dos servidores públicos o congelamento dos seus salários, particularmente quando este congelamento se mantém há vários anos, o que, na prática, constitui uma perda de poder aquisitivo; ou seja, de fato, uma redução salarial, ferindo a dignidade da pessoa do servidor público e ignorando o valor social do trabalho, colocando em risco e vulnerabilidade socioeconômica não só o servidor público, mas também a sua família, já que salário é verba alimentar, um direito que busca preservar uma vida digna, estável e segura para todo trabalhador/servidor público. Além disso, é um dos Princípios do Direito do Trabalho o chamado “Princípio da Proteção do Salário”, que não encontra abrigo nos casos de congelamento ou redução salarial.

Conforme entendimento de Fernanda Marinela:

O sistema remuneratório pátrio estabelece, no artigo 37, X, da Constituição Federal o direito de **revisão da remuneração** dos agentes públicos, devendo essa ser **geral, anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices** [...]. Essa revisão geral retrata um reajustamento genérico e a recomposição da perda do poder aquisitivo do servidor em decorrência da inflação. Representa um direito subjetivo resguardado aos servidores [...] (Marinela, 2023, p. 901).

Importante salientar que o ajuste salarial anual dos servidores públicos não é uma discricionariedade do governo, mas uma obrigatoriedade dele, devendo a revisão da remuneração estar prevista, obrigatoriamente, anualmente, no orçamento público. Caso

contrário, teríamos um não-direito, o que não se admite tratando-se de um direito fundamental previsto na Carta Constitucional.

Como os serviços públicos obedecem ao Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos, o artigo 9º, § 1º, da CF/88 estabelece que “a lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades da comunidade”. Essa lei é, atualmente e por analogia, a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Embora seja uma lei que procura regular o exercício do direito de greve no setor privado, em razão da omissão legislativa em aprovar uma lei que regule a greve no setor público, o STF, em decisão recente, definiu que essa lei será utilizada durante a greve deflagrada no serviço público até que o Congresso Nacional deixe de se omitir e elabore uma lei que estabeleça as regras do direito de greve no setor público (Mand. de Injunção n. 670-ES e 708-DF (Rel. Min. Gilmar Mendes) e 712-PA (Rel. Min. Eros Grau), em 25.10.2007 (Informativo STF n. 485, out. 2007). Todavia, a lei que vier a ser aprovada pelos parlamentares não poderá conter normas que, na prática, impeçam o livre exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, tornando nulo um mandamento constitucional que versa sobre um direito humano fundamental de natureza social e cláusula pétrea constitucional. Afinal de contas, cabe ao Poder Público garantir a efetividade de todo direito humano fundamental.

Por essa lei (artigo 10 da Lei n. 7.783/89), são considerados serviços ou atividades essenciais: tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais; controle de tráfego aéreo e navegação aérea; compensação bancária; atividades médico-periciais relacionadas com o regime geral de previdência social e a assistência social; atividades médico-periciais relacionadas com a caracterização do impedimento físico,

mental, intelectual ou sensorial da pessoa com deficiência, por meio da integração de equipes multiprofissionais e interdisciplinares, para fins de reconhecimento de direitos previstos em lei; outras prestações médico-periciais da carreira de Perito Médico Federal indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade; atividades portuárias.

O parágrafo único do artigo 11 da Lei n. 7.783/89 dispõe que “*são necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população*”. O artigo 13 desta mesma lei estabelece que “na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

Importante salientar que a lei não considera a Educação como um serviço essencial.

O artigo 37, inciso VI, da CF/88 estabelece que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Trata-se de uma norma constitucional dirigida ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Sobre essa questão, assim leciona José Afonso da Silva:

Ora, o direito de greve [...] existe por força de norma constitucional, não por força de lei. Não é a lei que vai criar o direito. A Constituição já o criou. *Nesses casos de norma de eficácia contida*, a lei referida na norma, quando promulgada, é apenas restritiva do direito reconhecido, não geradora desse direito. Isso significa que enquanto a lei não vem, o direito há que prevalecer em sua amplitude constitucional. Reforça essa tese o fato de a Constituição ter garantido aos servidores públicos amplo direito à livre associação sindical [...] que implica, só por si, o direito à greve. Então, se a lei não vem, o direito existe, e, se existe, pode ser exercido (Silva, 2022, p. 711-712). (grifo nosso).

Sobre as normas constitucionais de eficácia contida, assim explica Marcelo Novelino:

São normas com aplicabilidade *direta, imediata*, mas *possivelmente não integral*. Apesar de aptas a regular de forma suficiente os interesses

relativos ao seu conteúdo, desde a sua entrada em vigor, reclamam a atuação legislativa no sentido de reduzir o seu alcance. Em outras palavras, embora admitam limitação por norma infraconstitucional, sua aplicação ao caso concreto não está condicionada à existência de normatização infraconstitucional ulterior. As normas de eficácia contida possuem eficácia *positiva* e *negativa*. Enquanto não elaborada a norma regulamentadora restritiva, terão aplicabilidade integral, como se fossem normas de eficácia plena passíveis de restrição. Ante a mera *possibilidade* de restrição, o termo “*normas de eficácia redutível (ou restringível)*” revela-se mais adequado. Ao consagrarem direitos restringíveis costumam utilizar expressões como “nos termos da lei” ou “na forma da lei” (Novelino, 2023, p. 137).

Além disso, não é possível ignorar o que diz o artigo 5º. § 1º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos seguintes termos: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Logo, não podemos concordar com muitos juristas, inclusive Ministros do STF, que consideram o artigo 37, inciso X, da CF/88 como sendo uma norma de eficácia limitada, de modo que o exercício do direito de greve só poderia acontecer de fato após a publicação de uma lei ordinária regulamentando esse direito.

Acontece que o direito de greve do servidor público é um direito reconhecido e concedido pela Constituição Federal, de índole de direito fundamental, que engloba o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio do Valor Social do Trabalho, não podendo estar sob impedimento em razão de uma omissão legislativa, ao não aprovar uma lei regulamentadora infraconstitucional tratando desse tema.

Assim, como bem esclarece Paulo Gustavo Gonet Branco, a respeito do disposto no § 1º, do artigo 5º da nossa Constituição Federal de 1988,

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas

diretamente reguladoras de relações jurídicas (Branco; In: Mendes, Branco, 2023, p. 120).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho,

O STF decidiu que, mesmo não sendo abusiva a greve, cabe o desconto nos vencimentos quanto aos dias não trabalhados, só havendo vedação no caso de abuso do Poder Público, como, por exemplo, a falta ou atraso na remuneração (Carvalho Filho, 2024, p. 644).

Este entendimento do STF (STF, RE 693.456, j. 27.10.2016, maioria, com 4 votos vencidos) fere o Princípio da Razoabilidade, haja vista que a greve dos servidores públicos é um direito constitucionalmente reconhecido como um direito fundamental de caráter social, de modo que não é possível punir os servidores públicos em greve, cujo movimento grevista tenha sido julgado como “legal” por órgão do Poder Judiciário. Caso contrário, o que o STF está fazendo é procurar impedir que os servidores públicos possam exercer um direito constitucional. Ora, como um direito fundamental, a greve deflagrada pelos servidores públicos deve gozar da presunção de legalidade, até decisão judicial em contrário. Sendo assim, entendo que o desconto do salário dos servidores públicos só será cabível a partir do momento em que essa greve seja declarada ilegal. Este posicionamento do STF, no meu entendimento, fere também o Princípio de Justiça, ao estabelecer que desde o primeiro dia de greve, seja ela legal ou ilegal, o Poder Público está autorizado a proceder ao desconto dos dias parados no salário dos servidores públicos. Isso significa dar ainda mais poder à Administração Pública, ou seja, a um dos lados da relação jurídica em conflito, contra os servidores públicos, que já constituem, desde sempre, o lado mais vulnerável dessa relação. No meu entendimento, é também uma ofensa ao Princípio da Proteção, assim definido por Sérgio Pinto Martins, citando Galart Folch:

Como regra, deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último superioridade jurídica em razão da sua inferioridade econômica. Esta é conferida ao empregado no momento em que se dá ao

trabalhador a proteção que lhe é dispensada por meio da lei. [...] Pode ser desmembrado o princípio da proteção em três: (a) o *in dubio pro operário*; (b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; (c) o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador (Martins, 2023, p. 91-92).

Por esse motivo, de modo a proteger o servidor público contra essa posição do STF, é meu entendimento que a melhor forma de fazer greve no serviço público é adotando aquilo que conhecemos como “greve branca”, em que o servidor público permanece presente no seu setor de trabalho, mas não trabalha. Estando presente, não é possível registrar falta. Sem registro de falta, não é possível processar o desconto na folha salarial.

Nenhum servidor público ou trabalhador do setor privado faz greve porque quer; faz greve porque precisa, porque está em estado de necessidade. No caso da greve dos servidores públicos, importante salientar que eles estão sempre lutando não somente por melhores salários, isonomia de direitos sociais trabalhistas e reestruturação da carreira, mas também por mais verbas, por exemplo, para a Educação e Saúde, contra a privatização dos serviços públicos sociais etc.; ou seja, estão sempre lutando em favor da sociedade como um todo. Nenhuma greve do servidor público é contra a sociedade; ela é sempre contra uma Administração Pública negligente com o servidor e/ou com a sociedade. O bem-estar da sociedade é missão do servidor público. Sempre, estando ou não em greve. Mas para que esse bem-estar possa acontecer de fato, às vezes, é preciso fazer greve. E a sociedade precisa ter esse entendimento, de modo a sempre apoiá-la.

Com relação aos servidores públicos em estágio probatório, José dos Santos Carvalho Filho esclarece:

Dúvida surgiu a respeito dos servidores em *estágio probatório*, indagando-se, no caso de greve, se deveria incidir a mesma proteção assegurada aos servidores estáveis. Não vemos qualquer fundamento para dar-lhes tratamento diferenciado. O estágio probatório não lhes retira a condição de servidores estatutários, e a greve constitui direito de sede constitucional, a cada dia dotado de maior reconhecimento. Desse modo, a adesão à greve impede que a Administração proceda à sua exoneração – esta somente adequada em situações especiais de incompatibilidade da

postura do servidor com as funções que lhe foram cometidas, o que, à evidência, não é o caso da participação (não abusiva) na greve (Carvalho Filho, 2024, p. 645).

Importante observar o que leciona Fernanda Marinela:

Quanto à pena de demissão, essa não pode ser aplicada pelo simples fato de o servidor ter feito greve; para a aplicação dessa pena, é necessária a prática de uma infração funcional, descrita no estatuto dos servidores e punível dessa maneira, o que não é o caso. Muitos administradores tentam, forçando a situação, aplicar a pena de demissão aos servidores, utilizando como fundamento a tipificação da infração de abandono de cargo, o que depende da caracterização do *animus* de abandonar e respectivo procedimento administrativo disciplinar, com contraditório e ampla defesa, não podendo ser utilizada livremente pelo Administrador (Marinela, 2024, p. 904).

Finalmente, cabe observar o que diz o artigo 114, caput, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II- as ações que envolvam exercício do direito de greve”.

REFERÊNCIAS

BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

BRASIL. CLT. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05/10/1988.

BRASIL. **Lei n. 10.331, de 18 de dezembro de 2001**. Regulamenta o inciso X do artigo 37 da Constituição, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações e subsídios dos

servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, das autarquias e fundações públicas federais.

BRASIL. **Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989**. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências.

BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

CABRAL, Francisco de Assis. Da Emenda à Constituição, art. 60, inc. IV, § 4º, da CRFB/88. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). **Constituição Federal Interpretada. Artigo por artigo. Parágrafo por parágrafo**. Santana de Parnaíba/SP: Manole, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Barueri – SP: Atlas, 2024.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

KREUZ, L. R. C. **Negociação Coletiva do Servidor Público Sob a ótica das Convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc4c3b5809a65c60>. Acesso em: 03/09/2023.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

LIMA, Jhéssica Luara Alves de; MORAIS, Lindocastro Nogueira de; LIMA, Carmen Tassiany Alves de. Efetividade do Direito de Greve dos Servidores Públicos. **Revista Direito em Debate**. Revista do Curso de Graduação em Direito da Unijuí. Editora Unijuí – Ano XXXII – n. 59 – jan./jun. 2023.

MARINELA, Fernanda. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

MARINELA, Fernanda. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. Barueri – SP: Atlas, 2023.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. Barueri – SP: Atlas, 2024.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito Sindical Brasileiro**. São Paulo: LTr, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva Jur, 2023.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2022.

VADEMECUM SARAIVA. São Paulo: Saraiva Jur, 2024.

VITORINO, Odair Márcio. Dos Direitos Sociais, art. 9º, caput, da CRFB/88. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). **Constituição Federal Interpretada. Artigo por artigo. Parágrafo por parágrafo**. Santana de Parnaíba/SP: Manole, 2022.

ATIVISMO JUDICIAL NA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA EM SAÚDE: ENTRAVES AO FEDERALISMO COOPERATIVO PARA A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL

Beatriz Mota Torres¹
Luiza Vieira Larchert²
Pedro Germano dos Anjos³

INTRODUÇÃO

A judicialização dos direitos fundamentais no Brasil, especialmente no que se refere à saúde, é um tema que vem ganhando destaque na jurisprudência e nos debates acadêmicos. A Constituição Federal de 1988 consagrou a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, vinculando sua efetivação aos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito à vida. No entanto, a crescente demanda judicial por tratamentos médicos e medicamentos, muitas vezes não previstos nas políticas públicas,

¹ Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Legale. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pesquisadora do GPDH (UESC/CNPq) na Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Democracia”. E-mail: beatrizmtorres98@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/2960326672241211>. <https://orcid.org/0009-0003-5492-8605>.

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. Pesquisadora Bolsista de IC pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado da Bahia, e do GPDH (UESC/CNPq) na Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Democracia”. E-mail: luizavieiralarchert84@gmail.com, <https://lattes.cnpq.br/1752502499189066>. <https://orcid.org/0009-0009-0076-7379>.

³ Doutorando em Direito pela UFSC. Mestre em Direito Público pela UFBA. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP). Professor Assistente de Direito Constitucional e Tributário na Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC), Coordenador da Linha de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Democracia”, do GPDH/UESC, CNPq. E-mail: pganjos@uesc.br. <http://lattes.cnpq.br/2632734443526649>. <https://orcid.org/0000-0001-7474-8482>

tem colocado em evidência a dificuldade de compatibilizar a proteção desse direito com a estrutura administrativa do Estado, especialmente no que se refere à repartição de competências entre União, Estados e Municípios.

Neste contexto, a responsabilidade solidária entre os entes federativos nas ações de saúde tem sido amplamente discutida. O Supremo Tribunal Federal (STF), por meio de decisões como a do Tema 793, consolidou o entendimento de que todos os entes são solidariamente responsáveis pela prestação de serviços de saúde. Todavia, essa interpretação tem gerado impactos no federalismo cooperativo brasileiro, acarretando sobrecarga para determinados entes, especialmente os Municípios, e uma distorção nas políticas públicas de saúde estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A presente pesquisa visa discutir a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde, analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal à luz do federalismo cooperativo e do ativismo judicial. Será abordado como a judicialização da saúde, ao mesmo tempo em que visa garantir o acesso a direitos fundamentais, também pode gerar efeitos adversos, tanto na eficiência do sistema de saúde quanto na estrutura organizacional do Estado brasileiro.

Por fim, empreende-se compreender a consequência gerada aos entes federados de menos capacidade econômica e a discrepância de atuação da Justiça Federal e da Justiça Estadual no que diz respeito à saúde. Assim, analisa-se como a afirmação de que a adição da União no polo passivo da ação, servindo como forma de compensar o custo dos demais entes federativos, não é efetiva. Na realidade, em consonância à problemática dos Municípios ao se tratar de entrave à aplicação de políticas públicas como consequência da judicialização, a presença obrigatória, ou quase isso, da Justiça Federal limita-se o acesso à justiça e à saúde pública de qualidade, haja vista que prevalecerá o foro federal, entretanto, os demais entes ainda seriam compelidos a prestar parte dos serviços e/ou medicamentos.

1 JUDICIALIZAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOLIDARIEDADE

A formação do pensamento contratualista, e, como sua consequência, o surgimento do movimento iluminista, influenciaram para que os direitos do homem fossem institucionalizados, afinal, as concepções emergentes referentes à democracia e ao movimento de constitucionalização exigiam a afirmação de uma liberdade negativa, capaz de limitar o poder do Estado, inclusive, assim, legitimando-o, ainda que preliminarmente em parâmetros jusnaturalistas. No desenvolver da concepção de humanidade, de ser humano e do bem comum, somando-se às manifestações liberais atinentes à época, consoante às diversas transformações sociais, os direitos dos homens, inicialmente limitados à propriedade privada e à manutenção harmônica do homem em sociedade com base em contratos sociais, evoluíram e se comunicaram entre gerações, transformando-se em direitos fundamentais e sociais (Bobbio, 1992) (Anjos; Torres; Larchert, 2023).

No cenário do pós-positivismo e da ascensão das constituições sociais, o ramo dos Direitos Humanos tornou-se foco de pesquisa e conceituação jusfilosófica, afinal, o ocidente judaico-cristão assombrou-se pelas consequências da desvalorização destes, especialmente na metade do século XX. Assim, após décadas de produção sobre a vitalidade destes à manutenção da sociedade em equilíbrio, nota-se que o desafio dos novos juristas não se refere à descoberta da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais ou de sua ontologia, ainda, percebe-se que não se liga à necessidade de fundamentá-los, mas, primordialmente, diz respeito à sua proteção, ou seja, o desafio “não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político” (Bobbio, 1992).

Sendo a proteção de Direitos Fundamentais um problema para a geração atual de operadores do Direito (Bobbio, 1992), revela-se que, em se tratando da garantia destes no cenário nacional, há um agravante considerável: a atuação arbitrária e desprovida de deferência à organização federativa por parte Tribunais brasileiros, os quais limitam o exercício e a produção de jurisprudência e precedentes em análises determinadas pela ausência de estruturação jurídica e fundamentação legal (Anjos, Torres, Larchert, 2023).

A saúde, direito fundamental de segunda geração, na qual apresentam-se os direitos sociais, encontra-se consagrada no texto constitucional brasileiro, sendo, inclusive, exposta como direito de todos e um dever do Estado (CF, 1988) (Anjos, Torres, Larchert, 2023). É pacífica a concepção que afirma a inexistência de hierarquia entre os princípios fundantes da República brasileira, bem como, pacificou-se compreensão de que todos os direitos sofrem limitações (Leite, 2022; Anjos; Oliveira, 2020), todavia, há de se afirmar que, em se tratando de matéria de saúde, conhecida de modo especial na redação da Lei Maior, localizada no artigo 196 (CF, 1988), há uma ligação exclusiva à duas das maiores diretrizes estruturantes do Estado Democrático de Direito do Brasil: o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, 1988), afinal, não há que se falar em existência plena dos indivíduos, seja como corpo biológico, social ou político, na ausência de bem-estar e vitalidade.

No sentido do texto constitucional, afirma-se a responsabilidade do Estado em garantir o acesso à saúde, independentemente do exercício da saúde suplementar (Anjos; Oliveira, 2020). Entretanto, evidencia-se o que Bobbio (1992) teorizou, de que não há óbice em conceituá-la ou classificá-la: há, porém, significativa dificuldade de garanti-la, protegê-la, apesar da máxima fundamentação constitucional e legal. Nesse sentido, um dos principais empecilhos para a sua efetivação firmada em hierarquia máxima concentra-se na judicialização da saúde, movimento de instauração exponencial de processos em sede judicial e, ainda mais, quando se trata da atuação do Judiciário em sede de formação de precedentes acerca desta (Anjos; Torres; Larchert, 2023).

O movimento judicializante das demandas de saúde passou a ser observado com mais relevância ao fim do século passado, mais precisamente em suas duas últimas décadas (Anjos; Oliveira, 2020). No ano de 2023, cerca de 351 mil novos processos foram judicializados (CNJ), esse dado é notadamente relevante ao levar-se em consideração o entendimento dos autores operantes na área do direito público, mais precisamente em processos de judicialização: não há previsão de estabilização dessa realidade, ou seja, há, com certa clareza, uma idealização do aumento de processos judicializados nos próximos

anos. Nota-se que essa realidade dá causa à superlotação de varas responsáveis pela solução dos processos referentes à saúde, haja vista que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) contabilizou aproximadamente 77,8 milhões de processos pendentes em 2023 (CNJ, 2023), e também evidencia questões relevantes acerca da competência processual em responsabilidade solidária e da ineficácia da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de saúde.

Ao tratar da “justiça distributiva às avessas” no fenômeno da judicialização da saúde, é imprescindível observar dois fatores: em quais regiões brasileiras esse fenômeno apresenta maior incidência e sobre quais os bens ou serviços que os pleitos se referem. Nota-se que, em se tratando de maior concentração da judicialização em determinadas localidades, há números mais significativos de demandas protocoladas nas regiões brasileiras de maior desenvolvimento econômico, ou seja, não há como se falar em judicialização como reparação de desigualdade latente, pelo menos, não em relação à saúde coletiva, observando que as ações levadas ao judiciário estão majoritariamente presentes em localidades de desenvolvimento socioeconômico.

Em sequência, constata-se que parte significativa dos pleitos se referem à medicamentos. Dentre esses, há de se observar que parte considerável se dedica a reivindicar substâncias que não integram as políticas do Sistema Único de Saúde, justamente por não serem interessantes à administração em uma análise de custo-benefício ou por desaprovação da segurança do próprio medicamento, sendo assim, o orçamento destinado à saúde é direcionado ao cumprimento de decisões, principalmente em caráter liminar, que desconsideram políticas públicas preexistentes e desrespeitam o artigo 200 da redação constitucional, onde atribui ao SUS a competência de “controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde” (CNJ, 2021) (Ferraz, 2019).

Exposto na Constituição Federal (art. 23, II), observa-se a legalidade do federalismo solidário no que diz respeito à matéria de saúde, impondo aos entes federados a competência comum, ou seja, a saúde corresponde à disciplina de competência da União, Estados, Distrito Federal (DF) e Municípios. Por consequência da interpretação equivocada

da solidariedade, em análise jurisprudencial produzida Supremo Tribunal Federal, especificamente no Tema 793, criou-se um vicioso hábito na judicialização dos processos que pleiteiam temáticas referentes à saúde no Brasil: a seleção indiscriminada e voluntária do ente federado a compor o polo passivo da demanda.

Nesse cenário, transportou-se o conceito privado de solidariedade para o Direito Público sem a devida modulação, e, ainda, passou-se a considerá-la como absoluta e de aplicação imoderada, mesmo que as demandas sejam sobre serviços ou medicamentos de prestação exclusiva (haja vista a regulação constitucional e legal) de um ente específico.

Assim, no cenário atual de judicialização da saúde e, como consequência lógica, da proteção ao direito fundamental em questão, constata-se claro desrespeito ao sistema de organização administrativa da República Federativa do Brasil, gerando instabilidade para os entes de menor potencial econômico, especialmente para os Municípios, desestabilizando, ao infringindo não apenas uma única garantia constitucional, mas, como efeito, a cláusula pétrea que institui a rigidez constitucional do Pacto Federativo (CF, 1988).

2 O TEMA 793 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA O FEDERALISMO BRASILEIRO

2.1 A solidariedade em análise do Supremo Tribunal Federal

O caráter constitucional da saúde é nítido e de fácil percepção, mas importa esclarecer que tal direito fundamental possui proteção especial também em legislação infraconstitucional, a exemplo da Lei n.º 8.080/90, a qual dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, e a Lei n.º 8.142, mecanismo que regulamenta o repasse financeiro governamental e a participação da comunidade no Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, observando que a temática possui extenso fundamento legal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância de pacificar temáticas que desestabilizaram a implementação de tal direito em sede judicial. Todavia, não se dispensa

adiantar que a atuação da Corte Constitucional desencadeou ainda mais empecilhos para a afirmação da garantia constitucional citada.

O marco da judicialização da saúde no Brasil encontra-se no Recurso Extraordinário (RE) nº 271.286/RS, de relatoria do então Min. Celso de Mello. A base fática para o RE se mantinha na pretensão de defender os portadores do vírus HIV, motivação louvável dado o contexto da época, cenário de exponencial proliferação do vírus, e do desprestígio jurídico que as temáticas referentes à saúde sofriam. Assim, deve-se analisar o julgado em uma análise despida de anacronismo, reconhecendo a vitalidade de tal feito à comunidade e sua inegável transformação no julgamento de demandas referentes à saúde, democratizando o acesso à justiça (Borges; Ronchi, 2022).

Apesar de reconhecido o valor de tal julgamento, desencadeou-se a partir dele a já conhecida judicialização de demandas em serviços e medicamentos e, como principal problemática a ser analisada, não havia uniformidade para a construção do polo passivo da demanda, dado o grau de responsabilidade dos entes federados em demandas de saúde (CF, 1988).

Por impulso do julgamento do RE 855178/SE, que teve como ação originária a pretensão do custeio do medicamento *Bosentana*, concedido liminarmente como prestação em cofinanciamento entre o Estado de Sergipe e a União (cofinanciamento este contestado pela União em instância superior) o Supremo Tribunal Federal declarou a temática referente à solidariedade em demandas de saúde como matéria de interesse nacional e reconheceu a repercussão geral.

Nesse julgamento, reafirmou-se que os entes federativos, devido à sua competência material *comum* na área da saúde, são *solidariamente* responsáveis.

Por consequência, a Tese 793 pacificou que cabe ao Poder Judiciário direcionar o cumprimento das obrigações com base nas normas de repartição de competências e, inovando no entendimento posterior e na prática processual, estipulou que também cabe ao magistrado determinar o ressarcimento ao ente que suportou originalmente o encargo financeiro.

2.2 Solidariedade pelo Tema 793: a indevida equiparação

No campo do Direito, a noção de solidariedade assume diferentes conotações quando aplicada ao Direito Civil e ao Direito atinente à Administração Pública. Nessa perspectiva, um dos equívocos mais comuns é a aplicação de uma perspectiva civilista à solidariedade nas demandas de saúde pública, o que pode gerar distorções na interpretação das obrigações dos entes federativos.

No Tema 793, à primeira vista equiparou-se, com a devida *venia*, equivocadamente, *competência constitucional comum* – instituto próprio do Direito Constitucional, no âmbito do Federalismo – com a *solidariedade*, instituto próprio do Direito Privado. Nota-se uma relevante distância (para não dizer um *fosso*) entre os dois mundos, ainda mais se for considerado que o referido Tema tratou apenas do aspecto *executivo* da responsabilidade (quando o serviço e a gestão da Saúde são objeto de judicialização), ao contrário do que ocorre no aspecto *cominatório*, o que será explicado a seguir.

A solidariedade *passiva* na seara civil está prevista no art. 264 e seguintes do Código Civil brasileiro (Brasil, 2002), pelo que não se presume, mas decorre da Lei ou do contrato (aspecto *cominatório* – art. 265, CC), e nela todos os devedores são responsáveis pela inteireza da prestação contratual – art. 264, CC; e em eventual descumprimento, o credor poderá exigir de qualquer um dos devedores solidários a totalidade da prestação devida, conforme estabelecido no seu art. 275 (aspecto *executivo*).

Tal conceito tem sido indevidamente transportado para o Direito Público nas ações de saúde, levando à interpretação de que qualquer ente federativo pode ser demandado individualmente (note-se: aspecto *repressivo* da solidariedade) para cumprir integralmente uma obrigação relativa ao direito à saúde, como se estivesse em uma relação jurídica similar à dos devedores solidários no âmbito privado.

No entanto, enquanto no Direito Privado, a presunção de que todos os devedores solidários *podem* cumprir individualmente a prestação devida (pressuposto óbvio da cominação da solidariedade que, ausente, possibilita ao devedor a sua exclusão da

responsabilidade, como se depreende dos arts. 279 e 281, CC) não necessariamente existe no Direito Público - a menos que a Constituição ou a Lei expressamente imponha e conceda os instrumentos normativos e fáticos (dentre eles o Orçamento) para tanto.

Todavia, no âmbito do Direito Constitucional e Administrativo da Saúde, não há propriamente uma *solidariedade* (em que todos os entes são capazes de assumir a prestação na sua inteireza), mas uma competência material *comum*. A relação entre os “devedores” do serviço de Saúde assume um caráter distinto da responsabilidade solidária, baseado na cooperação e na coordenação entre os entes federativos.

No âmbito do Sistema Único de Saúde, a “solidariedade” não implica que cada ente deva arcar com uma parte equivalente ou idêntica das responsabilidades, mas sim que há um compromisso cooperativo entre União, Estados e Municípios para assegurar a prestação de serviços de saúde, conforme ressaltado por Tarsila Costa do Amaral (2019). A “solidariedade” no SUS está fundamentada na integração e na colaboração dos entes para atender às necessidades coletivas e individuais de saúde, de forma a garantir o respeito aos direitos fundamentais. Trata-se de um dever cooperativo na assunção das demandas, apenas.

Essa diferença de concepções foi corretamente apontada pelo Ministro Edson Fachin, ao criticar a adoção de uma abordagem civilista da solidariedade pelo STF em relação às prestações de saúde. O Ministro argumenta que a solidariedade, no contexto da saúde, deriva da competência comum dos entes federativos prevista no art. 23 da Constituição Federal, e não das normas do direito civil.

Como não há uma definição legal para o conceito de solidariedade no Direito Público, tampouco uma regulamentação específica sobre seus efeitos, é necessária uma construção jurídica em cada caso concreto, levando em conta os princípios de cooperação e federalismo que norteiam a organização do SUS.

Assim, por se tratar de uma construção jurisprudencial sobre a solidariedade no direito à saúde e seus efeitos, é incorreto aplicar, de maneira direta, a lógica da solidariedade tal como prevista na Lei civil. Nesse sentido, uma solução mais adequada seria o dever ao(à)

Magistrado(a) delimitar, em cada caso concreto, solução mais adequada para as ações judiciais seria o Magistrado delimitar qual ente federativo, conforme as diretrizes do SUS, é responsável pela prestação de saúde demandada pela parte autora. Isso garantiria maior eficácia e coerência na execução das decisões judiciais em matéria de saúde (Ferreira, Neto, Teixeira, 2020).

A preocupação referente às consequências da judicialização da saúde, especialmente pela Tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal, evidencia disparidades entre os entes federativos. Observa-se que os Municípios, por serem mais facilmente demandados, são frequentemente lesados no planejamento orçamentário e no dispêndio de recursos alheios às competências legais, ao serem coagidos a financiar medicamentos e serviços que demandam parcela significativa do orçamento anual para a saúde (Wang *et al*, 2014).

Certamente, a solidariedade *executiva* decorrente da Tese citada acaba por institucionalizar um federalismo dual, ao contrário do que preconiza o texto constitucional, que seria um federalismo cooperativo (solidário!).

Em determinados casos, o montante reservado para acatar decisões judiciais representa 20% do orçamento destinado a todas as políticas públicas relacionadas à saúde (Anjos, Torres, Larchert, 2023), ou mais (Wang *et al*, 2014).

Ademais, a inovação da Tese 793, referente à exigência feita ao julgador para que determine o ressarcimento ao ente federado afetado pela demanda por aquele que de fato seria obrigado pelas competências legais e do SUS a oferecer o medicamento/tratamento, fica especialmente prejudicada na prática, o que representa um vazio de justiça (Prieto, 2014) que influencia na prestação da saúde pública.

Aos entes que inicialmente custeiam os serviços e/ou medicamentos cabe a obrigação de defender-se de modo minucioso e exigindo ainda mais do sistema judiciário, e, além disso, há de se observar que esse ressarcimento administrativo, quando de fato ocorre na prática, não é tempestivo, defasando os cofres dos entes afetados e anulando qualquer espécie de planejamento – essencial a ações preventivas em saúde.

Nesse sentido, as políticas públicas têm um custo considerável, que requer planejamento. O Judiciário interfere na atividade administrativa, limita o exercício de políticas públicas das quais carecem a população, comina multas em prazos impraticáveis (licitação, orçamento, contratação, etc.) e pode, inclusive, desfavorecer a aplicação do Princípio do Acesso Pleno à Justiça, que será discutido a seguir.

3 SOLIDARIEDADE PELO TEMA 793: A POSSÍVEL CIRANDA DE PROCESSOS ENTRE A JUSTIÇA FEDERAL E ESTADUAL

Durante o julgamento do RE 855178, que gerou o Tema 793, o Ministro Edson Fachin sugeriu a discussão sobre a necessidade de litisconsórcio passivo obrigatório, mas essa proposta foi rejeitada, sendo excluída da tese final. Ainda assim, parte do voto do ministro Fachin foi utilizada em decisões judiciais que incluíam a União como ré em ações sobre medicamentos não incorporados à lista oficial do SUS ou à Relação Nacional de Medicamentos Essenciais.

Essa inclusão acaba atraindo a competência jurisdicional da Justiça Federal, conforme disposto no art. 109 da Constituição, não havendo qualquer base legal ou constitucional que autorize a delegação dessa competência para a Justiça Estadual em casos de saúde. A única exceção para a Justiça Estadual julgar matérias de competência federal refere-se às causas previdenciárias, conforme estabelecido no parágrafo 3º do referido artigo. Assim, quando a União for parte na ação, a Justiça Estadual deve obrigatoriamente remeter o processo à Justiça Federal para seu devido trâmite.

Em 22 de março de 2022, a Primeira Turma do STF, ao julgar diversas reclamações constitucionais e recursos, determinou a necessidade de que a União figure obrigatoriamente no polo passivo em demandas sobre medicamentos registrados na Anvisa, mas não padronizados no SUS. Devido ao impacto dessa decisão, o STF reconheceu, em setembro de 2022, a repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário 1366243, criando o Tema 1234, cujo julgamento final ainda está pendente. Contudo, uma decisão provisória

do Tribunal Pleno estabeleceu que, até o julgamento definitivo, devem ser observados os seguintes parâmetros:

- (i) Em ações judiciais relacionadas a medicamentos padronizados, o polo passivo deve seguir a divisão de responsabilidades do SUS, ainda que isso resulte em deslocamento de competência, cabendo ao magistrado garantir a correta formação da relação processual, sem prejuízo de decisões cautelares, caso necessário;
- (ii) Em demandas sobre medicamentos não incorporados, as ações devem ser processadas e julgadas no **juízo originalmente escolhido pelo cidadão**, seja ele estadual ou federal, sendo vedada a inclusão da União ou a transferência de competência até a decisão final do Tema 1234;
- (iii) Para evitar insegurança jurídica, os processos sem sentença até 17 de abril de 2023 devem seguir esses parâmetros, enquanto aqueles com sentença proferida antes dessa data permanecem na Justiça onde foram julgados até o trânsito em julgado e execução;
- (iv) As demais determinações sobre a suspensão de processos em fases de recursos especiais e extraordinários continuam em vigor.

Ao contrário do posicionamento anterior da Primeira Turma, que generaliza a inclusão da União nas ações de saúde, essa decisão demonstra maior cautela do STF. A necessidade de envolver a União nas demandas surgiu com o argumento de Estados e Municípios de que eles não estavam sendo ressarcidos pelas despesas com medicamentos em casos em que a União não participava da ação.

Um exemplo notável dessa situação é o Estado do Paraná que em 2021 ajuizou uma série de ações judiciais contra a União, buscando obter o ressarcimento dos custos arcados com medicamentos de alto custo, especialmente tratamentos oncológicos. Segundo a Procuradoria Geral do Estado do Paraná (PGE-PR), foram movidos 50 processos contra a União, com uma expectativa de reembolso em torno de 9,5 milhões de reais, referente às despesas acumuladas desde 2018. Além disso, a PGE-PR projetou que, até o final daquele ano, a judicialização da saúde no Paraná poderia gerar cerca de 300 novas ações, com a previsão de recuperação de aproximadamente 20 milhões de reais (PGE. 2021).

Nesse cenário, Estados e Municípios, sobrecarregados com o aumento das ações judiciais, foram obrigados a alocar grandes quantias para a aquisição de tecnologias de

saúde, incluindo medicamentos de alto custo, como os utilizados em tratamentos oncológicos. Essa sobrecarga resultou em um desequilíbrio financeiro no Sistema Único de Saúde (SUS) e em dificuldades para obter o ressarcimento devido. Em resposta, esses entes passaram a defender a federalização das demandas de saúde, com o objetivo de transferir à União a responsabilidade pelos custos dos tratamentos, aliviando assim os cofres locais.

Inicialmente, o impacto dessa federalização sobre o acesso à justiça não foi levado em consideração. Apenas após a transferência dos processos da Justiça Estadual para a Justiça Federal começaram a surgir preocupações quanto aos efeitos dessa mudança sobre a população, especialmente no que tange à eficiência e à agilidade no atendimento judicial.

Os principais pontos de preocupação incluem a distância geográfica e social que a população carente enfrenta em relação às sedes das subseções da Justiça Federal, bem como a limitada presença e estrutura da Defensoria Pública da União. A Justiça Federal possui uma abrangência menor em comparação com a Justiça Estadual, que conta com cerca de 9.606 varas distribuídas em 2.672 comarcas, enquanto a Justiça Federal possui pouco mais de 984 varas, distribuídas em 278 subseções (TRF1, 2022) (CNJ, 2021).

Nessa senda, em Nota Técnica, a Rede de Inteligência e Inovação do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu que, apesar dos avanços nos últimos 20 anos, ainda é comum que o foro federal mais próximo fique a centenas de quilômetros de distância de alguns Municípios (TRF1, 2022). Um exemplo é São Gabriel da Cachoeira/AM, que pertence à jurisdição de Justiça Federal de Manaus/AM, mesmo estando a mais de 860 km de distância em linha reta (TRF1, 2022), mas constitui Comarca da Justiça Comum Estadual (TRF1, 2022).

A distância geográfica é um grande obstáculo para pessoas que não têm recursos financeiros ou condições de saúde (!) para percorrer longas distâncias. Além disso, a população de baixa renda muitas vezes desconhece a estrutura da Justiça Federal, menos acessível por estar voltada principalmente para demandas contra entes públicos federais.

Tal dificuldade é agravada pela falta de estrutura e capilaridade da Defensoria Pública da União, especialmente em cidades do interior. De acordo com a Pesquisa Nacional da

Defensoria Pública de 2022, devido ao número insuficiente de defensores públicos federais, apenas 80 subseções judiciárias federais são regularmente atendidas pela Defensoria Pública da União, representando 28,7% do total. O estudo também aponta que aproximadamente 40,4% da população brasileira pode estar excluída do sistema de Justiça Federal, sem acesso à Defensoria Pública da União para reivindicar seus direitos (DPU, 2022).

Essa conjuntura desestabiliza o Princípio de Acesso à Justiça, exposto em texto constitucional (art. 5º, XXXV), afinal, percebe-se mais um obstáculo àqueles que não têm recursos ou condições físicas para viajar longas distâncias, reforçando a já abordada concentração da judicialização em áreas de maior desenvolvimento socioeconômico. Além disso, o Brasil carece de informação acerca dos serviços da justiça, bem como ausência de familiaridade com tecnologias por boa parte da população, o que agrava a exclusão social.

Estudos realizados no Rio Grande do Sul apontam que a população de baixa renda consegue maior acesso à justiça na busca por tratamentos de saúde quando as ações tramitam na Justiça Estadual (Biehl, 2016). No entanto, não há um comparativo claro entre a acessibilidade nas Justiças Estadual e Federal. O grande número de demandas de saúde na Justiça Estadual gaúcha, com 71 mil processos, em comparação aos 35 mil processos no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), reflete a maior acessibilidade à Justiça Estadual (Biehl, 2016).

Em Minas Gerais, por sua vez, a judicialização da saúde beneficia majoritariamente pessoas com melhores condições socioeconômicas, e a maioria das prescrições de medicamentos não tem origem no SUS (Araújo, 2019). Além disso, a representação por advogados privados é predominante, demonstrando que a judicialização da saúde no Estado favorece a população mais rica, e a Defensoria Pública tem atuação limitada. Tanto no Rio Grande do Sul quanto em Minas Gerais, a Justiça Estadual se apresenta como mais acessível, especialmente para a população de baixa renda. Sua proximidade com os cidadãos, a maior disponibilidade de defensores públicos e a melhor estrutura dos tribunais garantem um acesso mais ágil e eficiente (Araújo, 2019).

Assim, a transferência indiscriminada de ações de saúde para a Justiça Federal resultaria em uma sobrecarga significativa desse sistema, que já sofre com altos índices de congestionamento, além de prolongar o tempo de tramitação dos processos. Como consequência, a população de baixa renda enfrentaria ainda mais dificuldades para acessar a justiça, criando obstáculos e comprometendo a garantia do direito à saúde no país. Além disso, as negociações extrajudiciais em questões de saúde se tornariam mais complexas, uma vez que, sem o suporte jurídico da Defensoria Pública, seria improvável que ocorresse um diálogo eficiente com os entes federativos para resolver os conflitos.

Nesse viés, se a Justiça Federal se tornar o único caminho judicial para a obtenção de certos medicamentos, as barreiras de acesso à justiça para os mais vulneráveis aumentarão, configurando uma clara violação dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. Enquanto isso, indivíduos com maior poder aquisitivo continuarão a buscar judicialmente o fornecimento de tratamentos de saúde de que necessitam sem grandes entraves.

Observa-se que esse cenário de representação da Justiça Federal não se dá pela formação do polo passivo unicamente pela União, na realidade, parte significativa das demandas pleiteiam os serviços e medicamentos com formação do polo passivo em litisconsórcio entre a União e os demais entes, ou seja, ainda que a União seja demandada, os entes de menor potencial econômico e administrativo, citam-se especialmente os Municípios pelos argumentos já mencionados, ainda sofrerão com custeio das altas prestações e, pela competência da Justiça Federal, o acesso à justiça aos mais necessitados será ainda mais limitado (TRF1, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, especialmente em relação à responsabilidade solidária entre os entes federativos, impõe desafios significativos à efetivação do direito à saúde. A interpretação do Tema 793 pelo Supremo Tribunal Federal,

ao consolidar a responsabilidade solidária na prestação de serviços de saúde, trouxe complexidades adicionais à organização do Sistema Único de Saúde e ao funcionamento do federalismo cooperativo no país.

A federalização de demandas judiciais, embora possa ser vista como uma tentativa de garantir a uniformidade de decisões e a eficiência na prestação de serviços de saúde, também revelou fragilidades no acesso à justiça, especialmente para a população mais vulnerável. A Justiça Federal, com sua estrutura menos capilarizada e a limitada presença da Defensoria Pública da União, não consegue oferecer a mesma proximidade e acessibilidade que a Justiça Estadual, o que agrava as barreiras para aqueles que dependem do SUS.

Ademais, a inclusão obrigatória da União no polo passivo de ações judiciais tem potencial para sobrecarregar ainda mais o já congestionado sistema de Justiça Federal, comprometendo a celeridade processual e, conseqüentemente, o direito à saúde da população. Nesse contexto, é fundamental que o STF e os tribunais superiores repensem o alcance e os efeitos da federalização de demandas de saúde, de modo a equilibrar a proteção dos direitos fundamentais com a manutenção de um sistema de justiça acessível e eficiente.

Por fim, as discussões sobre o impacto econômico e a viabilidade de políticas públicas em matéria de saúde precisam ser ampliadas, buscando soluções que respeitem tanto a dignidade humana quanto a sustentabilidade do sistema de saúde pública no Brasil. O diálogo entre o Poder Judiciário, os entes federativos e a sociedade civil é crucial para que o direito à saúde seja efetivado de maneira equitativa e eficiente, sem comprometer o pacto federativo ou a capacidade de gestão dos Municípios e Estados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Tarsila Costa do. Reflexões sobre a responsabilidade solidária e o ressarcimento no Sistema Único de Saúde a partir da tese fixada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 16, n. 2, p. 46-65, 2019.

ANJOS, Pedro Germano dos. O Direito na Sociedade do cansaço: entre o “ativismo narcísico” e o “Yes, we can judicante”. **Revista Diké (UESC)**, v. 22, n. 22, Ed. Especial, p. 219-243, 2023. Disponível em <https://doi.org/10.36113/dike.22.2023.3713>. Acesso em 30 jul 2024.

ANJOS, Pedro Germano dos; OLIVEIRA, Gabriele Cruz. O Conselho Nacional de Justiça e o problema da judicialização das políticas públicas de saúde. **Revista Eletrônica do CNJ**. V. 04, n. 1. p. 193/206. DOI: 10.54829/revistacnj.v4i1.119. Brasília-DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/ojs/revista-cnj/article/view/119>. Acesso em 12 jun 2024.

ANJOS, Pedro Germano; TORRES, Beatriz Mota; LARCHERT, Luiza Vieira. Judicialização da Saúde no Brasil: análise crítica dos atos normativos do Conselho Nacional de Justiça. **Revista Diké (UESC)**, v. 22, n. 23, Ed. Especial, p. 160-189, 2023a. Disponível em: <https://doi.org/10.36113/dike.23.2023.3751>. Acesso em 02 jul 2024.

ANJOS, Pedro Germano; TORRES, Beatriz Mota; LARCHERT, Luiza Vieira. A judicialização da saúde e seus vazios de justiça institucionais: federalismo cooperativo entre juízes e administradores. In: ABREU, Célia B.; RANGEL, Tauã L. V.; (org.). **Anais do IX Seminário Internacional sobre Direitos Humanos e Fundamentais**. V. II. Niterói: PPGDIN/UFF, 2023, p. 348-364. ISBN: 2525-2682.

ANJOS, Pedro Germano; XAVIER, Joyce K. B. Controle Judicial Orçamentário e a Recomendação CNJ Nº. 31/2010: reflexos teóricos. **Revista da Faculdade de Ilhéus**, v. 01. P. 73-92, 2018. Disponível em <http://sigafaculadadeilheus.com.br/>. Acesso em 18 mai 2024.

ARAÚJO, Rosilene Borges dos Santos. **Judicialização da saúde e a (des)conexão com a justiça social: entendendo o fenômeno a partir do perfil socioeconômico de seus atores sociais: o caso do estado de Minas Gerais**. 2019. 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado de Salvador**, n. 13, jan./mar. 2009.

BIEHL, J.. Patient-Citizen-Consumers: judicialization of Health and metamorphosis of Biopolitics. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 98, p. 77–105, maio 2016.
BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil brasileiro e legislação correlata**. – 2. ed. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. 616 p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BORGES, Ronaldo Souza; RONCHI, Giacomo Renzzo. (In)Segurança jurídica na aplicação do Tema 793 da Repercussão Geral do STF. **Revista Eletrônica dos Grupos de Estudos da EJE**. Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 1-32, 2022. Disponível em: <https://ejef.tjmg.jus.br/wp-content/uploads/2022/06/InSeguranca-juridica-na-aplicacao-do-Tema-793-da-Repercussao-Geral-do-STF.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2024.

CHALHOUB, Joseph M.; TORRES, Beatriz M.; ANJOS, Pedro G. Políticas Públicas de Enfrentamento à Pandemia da Covid-19: o saneamento básico como direito fundamental. In: OLIVEIRA, Antonella C. (Org.). **Função política e social do direito e teorias da Constituição**. v. 3. 3 ed. Ponta Grossa/PR: Atena, 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Estatísticas do Poder Judiciário**. DataJud. Brasília-DF: CNJ, 2023. Disponível em <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 18 mai 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Relatório Justiça em Números 2021. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Rev Direito GV*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/>. Acesso em: 10 mai 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Administração pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes**. Curitiba: Juruá, 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO- DPU. **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Disponível em: <https://pesquisanacionaldefensoria.com.br/download/pesquisa-nacional-da-defensoria-publica-2022-eBook.pdf>. Acesso em: 13 set. 2024.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 18 ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

FERREIRA, Versalhes Enos Nunes; Neto, Homero Lamarão; TEIXEIRA, Eliana Maria de Souza Franco. A judicialização pela dispensação de medicamentos e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista Estudos Institucionais**, nº 3, v. 6, p. 1332-1361, set/dez de 2020.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. nº 75, jan./mar. 2020.

GROSTEIN, Julio. **Ativismo judicial: análise comparativa do Direito Constitucional brasileiro e norte-americano**. São Paulo: Almedina, 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEITE, Harrison Ferreira. **Manual de Direito Financeiro**. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2022.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 2 ed. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PRIETO, Antonio Marquez. La justicia relacional como círculo virtuoso. **Revista de pensamiento i anàlisi**, n.º 14, p. 117-134, 2014. Disponível em: <https://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/105194>. Acesso em: 10 set 2024.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO- PGE. **PGE cobra reembolso da União de R\$ 9,5 mi destinados a medicamentos**. Paraná: PGE, 2021. Disponível em: <https://www.pge.pr.gov.br/Noticia/PGE-cobra-reembolso-da-Uniao-de-R-95-mi-destinados-medicamentos>. Acesso em: 10 set. 2024.

SÁ, Mariana Oliveira de; BONFIM, Vinícius Silva. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbp.v5i2.3126>. Acesso em: 10 set. 2024.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1º REGIÃO- TRF1. **Nota Técnica nº 02/2022**. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br/trf1/conteudo/files/NOTATECNICA2.2022APLICAODOTEMA793RGSTF.pdf>. Acesso em: 10 set. 2024.

WANG, Daniel Wei L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública [online]**. 2014, v. 48, n. 5, p. 1191-1206. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-76121666>. Acesso em: 20 de ago 2023.

ZORZANELLI, R.; ORTEGA, F.; BEZERRA, B. Um panorama sobre as variações em torno do conceito de medicalização entre 1950-2010. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.19, n.6, p.1859-68,

2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232014000601859. Acesso em: 20 fev. 2024.

RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO INQUÉRITO POLICIAL E INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL: ENTRE RACISMO E POLITICA CRIMINAL PREDATÓRIA¹

Lavinia Rico Wichinheski²

Doglas Cesar Lucas³

Nicoli Francieli Gross⁴

RESUMO

A pesquisa aborda o reconhecimento de pessoas no sistema penal brasileiro, destacando que o método de obtenção de provas reforça o racismo estrutural. Com base em dados que mostram que 83% das pessoas erroneamente identificadas em processos criminais são negras, o estudo critica a seletividade penal e a criminalização da população negra. A análise aponta que o uso do reconhecimento de pessoas, amparado por uma política criminal punitivista, amplia o controle e a vigilância sobre corpos negros, perpetuando desigualdades. A pesquisa destaca também que o processo de reconhecimento, seja por fotos, tecnologia ou pessoalmente, é suscetível a falhas e

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

² Doutoranda em Direito (UNIJUI) com bolsa Prosuc CAPES. Mestra em Direito (UNIJUI). Pós-Graduanda em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global (PUCRS) com bolsa-auxílio financiado pelo Centro de Estudos Europeus e Alemães (CDEA). Advogada. E-mail: lavinia_rico@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5275679196902268>.

³ Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2001), Doutorado em Direito pela UNISINOS (2008) e Pós-Doutorado em Direito pela Università Degli Studi di Roma Tre (2012). É professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - Unijui e professor no Curso de direito da Faculdade Cnec Santo Ângelo. Avaliador do MEC/INEP. Pesquisador do Instituto Jurídico Portucalense, no grupo de pesquisa Dimensions of Human Rights. Pesquisador colaborador do IBEROJUR, onde coordena a área temática de Direitos Humanos. Líder do Grupo de Pesquisa no CNPQ Fundamentação crítica dos direitos humanos. Advogado. E-mail: doglasl@unijui.edu.br.

⁴ Doutoranda em Direitos Humanos (UNIJUI), com bolsa CAPES, modalidade I. Mestra em Direitos Sociais (UFPel) com bolsa CAPES. Especialista em Direito Médico e Saúde pela UNISC. Bacharela em Direito (UNIJUI), com período sanduiche na Universidade de Porto em Portugal na área da Criminologia. E-mail: grossnicoli99@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0461734838276975>.

influenciado por memórias imprecisas, resultando em erros judiciais e prisões injustas. Casos emblemáticos, como o de Danilo Félix e o do porteiro acusado em 62 processos, revelam a gravidade da inobservância dos procedimentos legais estabelecidos no Código de Processo Penal. A pesquisa tem como objetivo criticar o reconhecimento de pessoas, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro como prova irrefutável, destacando que, por serem desenvolvidos por indivíduos imersos em uma lógica de criminalização de corpos negros, acabam involuntariamente reproduzindo preconceitos. Em conclusão, o estudo aponta que o reconhecimento de pessoas pode ser facilmente visto como uma atualização do racismo institucional, funcionando como uma ferramenta de vigilância e controle social que agrava o encarceramento massivo e injusto de negros no Brasil, em uma realidade de políticas de segurança pública predatórias e discriminatórias. O método de pesquisa adotado será do tipo exploratório hipotético-dedutivo.

INTRODUÇÃO

O Brasil detém a terceira maior população prisional do mundo, somente no ano de 2022, o país possuía 832.689 pessoas privadas de liberdade no Sistema Penitenciário e sob Custódia das Polícias, e deste expressivo número, 442.033 são pessoas negras, ou seja, 68,2% de toda a população prisional brasileira (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023).

Assevera-se ainda que, os negros são também o principal grupo vitimado pelas intervenções policiais, número que chega a 83,1%, tais dados nos remetem aos processos no âmbito das políticas de segurança pública que se materializam sob o viés punitivista e seletivo, o que significa dizer que o velho conhecido racismo encontra-se institucionalizado na democracia, assim, a igualdade jurídica é desmantelada pelo mito da democracia racial.

As tecnologias de reconhecimento de pessoas, hoje admitidas pelo processo penal brasileiro, nas trincheiras de uma política criminal racista e predatória representam um dispositivo de elasticidade punitiva em relação a população negra no país, sua utilização encontra-se amparada na lógica de resposta a superação e combate à violência. No entanto, essa ideia representa uma visão utópica, visto que as ferramentas e métodos empregados nada mais são do que uma forma de controle e vigilância dos corpos, e até mesmo uma atualização do velho e conhecido racismo que está na base do sistema de justiça criminal.

Assim, a presente pesquisa propõe-se a expor uma análise crítica acerca do reconhecimento de pessoas e suas falhas enquanto maquinaria de poder em relação ao encarceramento massivo de pessoas negras. A presente pesquisa adotará a metodologia hipotético-dedutiva, e foi desenvolvida no âmbito do curso de Doutorado em Direito Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul (Unijui), com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

RECONHECIMENTO DE PESSOAS: DO INQUÉRITO INVESTIGATIVO A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

O reconhecimento de pessoas utilizado no ordenamento jurídico brasileiro para elucidação de fatos constantes em processos criminais e inquéritos investigativos demonstram que o processo penal se apropria da memória como um objeto de prova.

A considerar, o reconhecimento de pessoas utilizado pelo sistema de justiça criminal depende da vítima e das testemunhas para fins de indicar se o proeminente suspeito corresponde ou não com o autor do crime, no entanto, esse reconhecimento é um procedimento suscetível a falhas e erros judiciais (IDDD, 2022).

De acordo com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2022), no Brasil, ao realizar uma breve consulta aos jornais é possível perceber um expressivo número de falhas e erros judiciais decorrentes do uso inapropriado da memória e das tecnologias de reconhecimento de pessoas. Aliás, o próprio Supremo Tribunal de Justiça é autor de diversas críticas no que se refere as graves falhas cometidas em razão do reconhecimento de pessoas aplicado as investigações e os processos criminais correlatos, inclusive, para os ministros, os casos geralmente vem acompanhados de racismo estrutural, e, portanto, revelam um problema ignorado pelo sistema penal.

A prova de reconhecimento de pessoas é produzida tanto durante o inquérito policial como em juízo durante a instrução processual penal, corresponde como um meio de prova ocular feita tanto de forma presencial, colocando a vítima diante do acusado, como também,

poderá excepcionalmente ser feito através de reconhecimento fotográfico e até mesmo através de tecnologias que se apropriam de *softwares* de reconhecimento facial.

No Brasil, a atualização *high tech* de controle e reconhecimento dos corpos passou a ser introduzida em 2019, quando o Governo Federal autoriza o uso do Fundo Nacional de Segurança Pública no fomento à implantação de sistemas de videomonitoramento com soluções de reconhecimento facial, como uma resposta do estado ao enfrentamento à criminalidade (Brasil, 2019). Muito embora a Portaria nº 793, de 24 de outubro de 2019, apropria-se da lógica da utilização dos dispositivos de reconhecimento facial como um método de enfrentamento à criminalidade, a realidade a qual nos deparamos diz respeito a mais um sistema político criminal seletivo e predatório (Brasil, 2019).

Com a tecnologia de reconhecimento facial, são cadastradas imagens de pessoas com mandados de prisão em aberto em um banco de dados, assim, o dispositivo emite uma espécie de alerta quando identifica um rosto que coincida com aqueles previamente cadastrados e armazenadas.

Os dispositivos de reconhecimento facial que funcionam através de um software em que seus algoritmos mapeiam as linhas faciais de um indivíduo, comparando-o com uma imagem digital, de modo a aferir se reconhece ou não a identidade daquele sujeito, tendo como principais referências a análise da distância entre os olhos, largura do nariz, existência de cicatrizes e marcas.

A problemática da responsabilização de algoritmos no que se refere o reconhecimento de suspeitos ou até mesmo foragidos encontra-se no fato de que nenhuma tecnologia é neutra, visto que por trás dela existem sujeitos que a desenvolvem e formatam, o que implica dizer que eles podem seguir a lógica de relações sociais opressivas se seus programadores adotarem a lógica de criminalização adotada pelo Estado, em que negros são considerados majoritariamente culpados.

Assim, “O uso quase onipresente de softwares acionados por algoritmos, tanto visível quanto invisível para pessoas comuns, exige uma verificação mais detalhada de quais

valores são priorizados nesses sistemas automatizados de tomada de decisão” (Noble, 2018).

Curiosamente, de acordo com o levantamento feito pela Rede de Observatório da Segurança, em 2019, 90% das pessoas presas por meio de reconhecimento facial no país eram negras, e diante de tal número evidencia-se que “O reconhecimento facial tem se mostrado uma atualização *high-tech* para o velho e conhecido racismo que está na base do sistema de justiça criminal e tem guiado o trabalho policial há décadas” (Nunes, 2019).

Por sua vez, o reconhecimento de pessoas dá-se também a partir da apresentação de imagens dos supostos suspeitos às vítimas, ou, demais testemunhas, ocorre que muitas vezes essas imagens são de má qualidade, e até mesmo extraídas de redes sociais, ainda, o reconhecimento de pessoas dá-se mediante apresentação pessoal e presencial da vítima em relação ao suposto acusado, desde que assegurada a segurança dos envolvidos.

Tanto o reconhecimento facial em que se apropria de um software, como, o método tradicional e mais antigo, que detêm de provas oculares cujo o reconhecimento se dá diretamente pela vítima ou um terceiro na condição de testemunha, devem observar alguns requisitos e procedimentos para fins de considerar as provas válidas, quais sejam:

O procedimento deverá obedecer rigorosamente ao art. 226 do Código de Processo Penal, qual seja: I) convidar a pessoa que estiver fazendo o reconhecimento a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II) colocar a pessoa cujo reconhecimento se pretender ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, devendo aquele que tiver que fazer o reconhecimento apontar para a pessoa que reconheceu como o autor do delito; III) havendo qualquer receio de intimidação, poderá a pessoa que irá realizar o procedimento de reconhecimento ficar afastada do acusado; IV) por fim, deverá ser lavrado auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder com o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (Brasil, 1941).

Ademais, o art. 203 do Código de Processo Penal estabelece que a pessoa que tenha assumido o compromisso de realizar o reconhecimento pessoal, quando esta não for a vítima, deverá na condição de testemunha prestar compromisso com a verdade, sob a pena

do crime de falso testemunho. Por sua vez, as vítimas, por possuírem interesse na causa, não prestam compromisso com a verdade, no entanto, possuem compromisso moral sob pena de responder pelo crime de denúncia caluniosa (Brasil, 1941).

Por sua vez, com base no contraditório e a ampla defesa assegurados pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal, estabelece que o investigado ou acusado não é obrigado de participar de atos investigatórios ou demais diligências que possam produzir provas contra si próprio (BRASIL, 1988).

O reconhecimento pessoal realizado em desconformidade com o art. 226 do Código de Processo Penal e art. 5º, LV, da Constituição Federal evidenciam a aquisição de provas obtidas por meio ilícito, fato este que enseja no necessário desentranhamento das referidas provas do processo, conforme preceituado pelo art. 157 do Código de Processo Penal, pois toda prova deverá obedecer rigorosamente às normas constitucionais e legais (Brasil, 1941).

Ainda que, o reconhecimento de pessoas feito durante a investigação tenha obedecido o ordenamento jurídico brasileiro, ele ainda assim não deverá ser utilizado como um único meio de prova capaz para comprovar a autoria delitiva em desfavor do acusado, uma vez que, é necessário que os conectores da prova judicializada em relação às investigações policiais sejam robustos e não meramente lógicos que constituem mera presunção, nesse cenário, o magistrado deverá atentar-se ao que diz o art. 155 do Código de Processo Penal, onde estabelece que os elementos informativos não poderão fundamentar uma eventual decisão.

Não é por acaso que o ordenamento jurídico brasileiro traz em seu corpo de lei os referidos dispositivos, inclusive, em um cenário onde os únicos elementos de provas correspondam com o reconhecimento fotográfico e pessoal, é possível concluir que a memória da suposta vítima corresponde como um elemento probatório suscetível a erros e falhas, pois com o decurso de tempo esquecemos os mínimos detalhes dos acontecimentos.

Em um processo penal onde o seu único elemento probatório encontra-se suscetível a falhas, e, adstrito a produção da dúvida razoável, sem mais elementos fáticos e matérias acerca da suposta acusação demonstram que o ônus da prova não foi devidamente

observado, portanto, deverá o juiz absolver o acusado em face a insuficiência probatória, conforme o princípio do *in dubio pro reo* e art. 386, VII, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Nesse contexto, o reconhecimento de pessoas produzido durante o inquérito investigativo e durante a instrução processual penal, seja qual for sua modalidade, através de fotografias, reconhecimento facial, câmeras de segurança, e reconhecimento pessoal do acusado produzido presencialmente, todos são passíveis de identificação ocular errônea, muitas vezes produzidas por falsas memórias, e em razão disso, o procedimento de reconhecimento de pessoal é facilmente manipulado e contaminado, muitas vezes por questões de preconceito e racismo estrutural.

A FALSA MEMÓRIA E A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

É notório que o processo penal se apropria das memórias das pessoas para fins de obtenção de provas, em especial, em relação ao reconhecimento de pessoas adotado pelo art. 226 do Código de Processo Penal.

Em razão disso, a ministra Lauriza Vaz, enfatiza no Habeas Corpus 769.783 que o decurso de tempo apresenta-se como condição negativa para uma prova penal, uma vez que, todo ser humano passa por um processo natural de esquecimentos, que progressivamente esquece e exclui da memória alguns dados e informações (STJ, 2022).

O referido julgado inova em sua decisão, no entanto é merecedor de reconhecimento uma vez que em seu relatório fora considerado questões atinentes as subjetividades do ser humano em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, a referida ministra enfatiza a necessidade de o reconhecimento pessoal ser manuseado com devida cautela, pois é natural da psique humana a construção de falsas memórias, e isso se dá involuntariamente.

Em relação a isso, “[e]mbora a evidência do testemunho ajude no desenvolvimento do processo, ela não é infalível. Até as testemunhas honestas cometem erros” (Stein;

Mygaard, 2003, p. 151). Logo, de acordo com a Ministra Laurita Vaz, embora a palavra de vítima seja de fundamental relevância, o depoimento não deve ser tomado como prova infalível (STJ, 2022).

Por sua vez, a ministra destaca que nem sempre uma fotografia ou vídeo apresentado à vítima estão isentos de distorções, assim, é possível dizer que pessoas que formam memórias falsas são capazes de afirmar com plena convicção de que se recordam de um acontecimento que jamais vivenciariam, ou até mesmo descrever fatos que não correspondem com a realidade (Drumond; Vianna, 2021).

Inclusive, a formação da memória pode também restar prejudicada em razão do estresse e emoção sofrido, causando o direcionamento da prova para determinados dados de cunho preconceituoso e racista, prejudicando diretamente terceiros, assim, em um grande percentual dos casos os elementos e detalhes produzidos pela falsa memória reproduzem elementos com detalhes periféricos.

De acordo com o autor Nereu José Giacomolli (2022):

"Respostas duvidosas ou titubeantes não podem ser consideradas contra o suspeito, investigado ou acusado. Por outro lado, respostas categóricas devem ser apreciadas com cautela, pois a mera certeza do reconhecer não garante o acerto da identificação. Um dos problemas está em que o reconhecer tem a tendência de apontar entre os que lhe são colocados à disposição, um deles como sendo o autor do fato, mesmo que não esteja presente e, via de regra, o que mais se assemelha à lembrança daquele que viu no momento do fato. Ocorre, então, o que se denomina de 'falso positivo'. Pesquisas revelam que o elevado índice de 60% de reconhecimentos, mesmo sem a presença do suspeito ou do acusado entre as pessoas submetidas ao procedimento".

Como consequência, e, em razão da condição natural da produção de falsas memórias, não havendo outras provas autônomas no processo penal e independentes, não há que se falar em condenação quando há a existência mínima de dúvida em relação a acusação.

ELE (A) É NEGRO (A)!

Em fevereiro de 2021, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro divulgou um relatório com dados de 10 estados brasileiros, revelando que, entre junho de 2012 e 2020, 83% das pessoas erroneamente identificadas como suspeitas em processos criminais eram negras. Além disso, o relatório aponta que, em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado realizados em delegacias, houve a decretação de prisão preventiva, com uma média de duração de 281 dias — cerca de 9 meses de custódia preventiva (DPRJ, 2021).

No mesmo ano, Luiz Fux, à época presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu a Portaria Nº 209 de 31 de agosto de 2021, a qual destinou à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar condenação de pessoas inocentes (CNJ, 2021).

A portaria, atualmente revogada, denuncia que o procedimento de reconhecimento de pessoas adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é marcado pela seletividade do sistema penal e pelo racismo estrutural, com isso, evidencia-se a necessidade de uma aplicação pormenorizada das garantias mínimas previstas no art. 226 do Código de Processo Penal para fins da realização do reconhecimento de pessoas, uma vez que, antes dessa portaria, os tribunais da federação não o consideravam como um dispositivo de lei obrigatório, utilizando com discricionariedade (CNJ, 2021).

O reconhecimento de pessoas, embora seja um tema de discussões atuais, a problemática acompanha o ordenamento jurídico brasileiro a algum tempo, o que significa dizer que a maquinaria do poder permite que “os operadores da justiça criminal são capazes de ‘bater o olho’ e reconhecer, na aparência e na apresentação corporal do acusado, um conjunto de informações relevantes para a sua decisão”, assim, ocorre uma filtragem racial e a reprodução do tratamento desigual entre negros e brancos (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2018).

Nas trincheiras de uma política criminal racista e predatória, a identificação dos sujeitos dá-se através dos “signos de suspeição”, que coincidem majoritariamente com indivíduos periféricos e negros (Sinhoretto et al., 2014). Nessa toada, não há dúvidas quanto as ilegalidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro, e que os desrespeitos das garantias mínimas previstas ensejam em gravíssimos erros judiciários e gritantes ilegalidades.

Engana-se aquele que acredita na ocorrência mínima de casos isolados de prisões injustas motivadas pela inobservância dos procedimentos de reconhecimento de pessoas previstos pelo art. 226 do Código de Processo Penal, à título de exemplo, e retratando a realidade, o Supremo Tribunal de Justiça absolve no Habeas Corpus 769.783 um porteiro injustamente acusado em 62 processos com base apenas em reconhecimento fotográfico feito pelas vítimas (STJ, 2022).

A ordem concedida pelo Supremo Tribunal de Justiça para absolver o paciente injustamente acusado em 62 processos, deu-se devido inexistirem nos autos outras provas que não sejam apenas o reconhecimento do suposto suspeito pelas vítimas. O acusado, porteiro, de pele negra, sem antecedentes criminais, passou a ser apontado como autor de diversos crimes de roubo pelas vítimas com base apenas em descrições incontroversas de suspeição, em primeiro momento, a parte ofendida teria dito que o autor do delito seria de cor parda, e, em um segundo momento de cor negra, atrelado a isso, a vítima ainda relata em juízo que o reconhecimento em sede policial não se deu com absoluta certeza, mas que após visualizar as fotos, sinalizou que possivelmente o acusado seria o autor do crime (STJ, 2022).

Atrelada as contradições, a vítima enfatizou maiores características físicas do suspeito apenas em um certo período tempo após a suposta prática delitiva, o que significa dizer que a riqueza de detalhes não se deu no dia do fato, portanto, o Supremo Tribunal de Justiça enfatiza que o decurso de tempo possui impactos negativos no processo penal em razão da confiabilidade de memória, que passa naturalmente por um processo de esquecimento. (STJ, 2022)

A relatora Laurita Vaz enfatiza que o reconhecimento feito pelo ofendido deve ser ponderado com extrema cautela, uma vez que até mesmo as testemunhas honestas cometem erros, e não se trata apenas na ideia de mentira ou falsa acusação, mas sim, também na ocorrência de um erro involuntário. Aliás, no presente caso, em nenhum momento o paciente foi ouvido durante as investigações, isso nos 62 processos, ele foi reconhecido apenas mediante a sua apresentação para as vítimas através de imagens em álbuns de suspeitos e fotografias extraídas em redes sociais, não sendo realizado o reconhecimento pessoal de forma presencial em nenhum dos inquéritos instaurados (STJ, 2022).

O paciente injustamente preso desde 2020, submetido a inquéritos policiais e processos criminais eivados de vícios, teve seu alvará de soltura expedido apenas em 15 de maio de 2023, e infelizmente é possível dizer que não se trata apenas de um caso isolado, que devido a um gravíssimo erro do judiciário esse rapaz teve sua vida tomada pelo sofrimento, inclusive, as marcas que o sistema penal lhe deixou jamais serão apagadas.

Outro caso que merece destaque, corresponde com a injustificável prisão do jovem negro Danilo Félix, caso que venho a público no ano de 2023. Em 2020, ao ser abordado por policiais à paisana e conduzido à 76ª Delegacia de Polícia de Niterói - RJ, foi acusado e identificado pela vítima como o autor de um assalto a mão armada, identificação essa que se deu a partir da apresentação de fotos extraídas em redes sociais no ano de 2017, uma vez que suas fotos se encontravam registradas no banco de imagens da polícia, como consequência, chegou a ficar preso 55 dias preventivamente por um crime que não cometeu (Deister, 2023).

Em 11 de abril de 2023, Danilo Félix foi novamente submetido a julgamento por um crime que não cometeu, devido a mais um erro do sistema de justiça. Esta foi a terceira vez que ele conseguiu provar sua inocência diante das falhas do sistema judicial brasileiro. A única prova apresentada pela acusação era uma foto em preto e branco de baixa qualidade. As vítimas descreveram o suspeito como um homem de cabelo curto e bigode fino, enquanto Danilo apresentava características bem diferentes, com cabelo longo, tranças e

cavanhaque. Curiosamente, o local onde o crime teria ocorrido é equipado com câmeras de vigilância, porém, as autoridades nunca realizaram diligências no local, nem solicitaram as imagens (Deister, 2023).

A defesa de Danilo Félix postulou pela revogação da prisão preventiva, e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresentou parecer contrário alegando que Danilo poderia ter realizado apliques de cabelo (Deister, 2023).

O caso de Danilo Félix e do porteiro revelam que tanto o Ministério Público enquanto fiscal da lei, e, as forças policiais, buscam em alguns casos a condenação a todo e qualquer custo, e em decorrência dessa grave falha nas instâncias formais de controle, inocentes são injustamente levados ao sistema prisional para cumprir penas de crimes que jamais cometeram, tendo que na maioria dos casos, apresentar seus recursos ou remédios constitucionais ao Supremo Tribunal de Justiça para fins de ver cessada as restrições no que se refere aos direitos de liberdade, inclusive, tais mecanismos evidenciam uma necessidade coletiva de enfrentamento ao racismo estrutural.

RACISMO ESTRUTURAL: CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA PARA QUEM?

A Criminologia do Preconceito proposta pelos autores Salo de Carvalho e Evandro Piza Duarte (2017), bem como, a Teoria Crítica da Raça descrita pelos autores Richard Delgado e Jean Stefancic (2021), demonstram que o racismo compreende parte estruturante da gestão probatória do processo penal brasileiro, e, portanto, tais temáticas não devem ser secundarizadas, devendo então ser vistas como demandas urgentes e prioritárias.

A considerar o exposto no capítulo anterior, existem inúmeras variáveis que aumentam o risco de falso reconhecimento de pessoas em razão de determinantes no que se refere as limitações da memória dos sujeitos, e, também em razão das características do crime propriamente ditas, com por exemplo, situações em que o crime se dá em locais de pouca iluminação (IDDD, 2022).

Ademais, não devemos descartar que o reconhecimento de pessoas no processo penal encontra-se contaminado também com os quase quatro séculos de escravização, nesse viés, o sistema de justiça criminal possui em sua composição a perversidade histórica da escravização, refletindo diretamente na prática contemporânea do racismo (IDDD, 2022).

Logo, não é por uma mera coincidência que no ano de 2022, de 832.689 pessoas privadas de liberdade, 442.033 destas eram pessoas negras, número que representa mais de metade da população prisional brasileira (Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023).

Em contrapartida, a magistratura brasileira é composta por 80,3% de pessoas brancas, e ironicamente são essas que decidem sobre vidas negras (CNJ, 2018).

Os dados revelam a manifestação do racismo estrutural, de um lado, o poder judiciário composto majoritariamente por pessoas brancas, e por outro, o sistema prisional composto por pessoas negras.

A assimetria existente no ordenamento jurídico brasileiro revela que as instâncias formais de controle interferem diretamente na dinâmica probatória, e talvez essa seja a principal razão na qual a prova penal tem favorecido a seletividade punitiva em relação a pessoas negras, fato este que auxilia diretamente na privação da liberdade de inocentes em situações onde o processo penal não se atenta a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro em consonância as normativas processuais penais e constitucionais (Coutinho, 1998).

Logo, a discricionariedade arbitrariamente considerada em relação a obtenção de provas por alguns magistrados durante a instrução processual penal e também agentes policiais durante os procedimentos investigativos, evidenciam que a tolerância dada excessivamente em relação ao reconhecimento de pessoas e da prova testemunhal, permitem com que o contraditório e a ampla defesa sejam aplicados também de forma seletiva, portanto, o regramento constitucional previsto em seu art. 5º, LV, têm sido completamente ignorado, assim, questiona-se: “Contraditório e ampla defesa para quem?”.

A resposta frente ao referido questionamento talvez se encontre no fato de que há uma ideia ilusória de democracia racial, isso porque o ordenamento jurídico traz em suas

leis a neutralidade de que se aplica as leis com base em preceitos universais, sem quaisquer distinções de raça, cor, credo e gênero (Munhoz, 2020).

Os desvios probatórios atinentes as falhas constantes nos procedimentos de reconhecimento de pessoas evidenciam que não basta apenas uma democracia racial positivada a partir da legalidade, mas acima de tudo, se demonstra necessário o compromisso em relação ao respeito da dignidade das minorias étnicas-raciais (Britto, 2007).

De acordo com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2022), deve ser viabilizada uma cultura processual penal atenta as dimensões humanizantes que priorizem a proteção dos direitos e garantias fundamentais, em especial, em relação a aqueles socialmente classificados como inferiores em relação a questões de raça, gênero e sexualidade, logo, o processo penal procedimentalista não é capaz de superar tais mazelas, e inclusive, o racismo promove inconscientemente a contaminação de provas no processo. Assim, o racismo enquanto evento do cotidiano social, estrutura tanto a política, como a economia, o Direito e a afetividade das pessoas.

Considerando que a branquitude integra majoritariamente as instituições de controle e persecução penal, é possível dizer que a negritude com seus punhos algemados tem seu contraditório e ampla defesa decidido pelo racismo institucionalizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, a tendência por uma política criminal racista e predatória se estende aos meios de obtenção de provas no processo penal, merecendo destaque os diversos procedimentos de reconhecimento de pessoas previstos no art. 226 do Código de Processo Penal Brasileiro.

Assevera Michel Foucault (1980) que os dispositivos representam um sistema de relações, em que as realidades são elaboradas através do arranjo de discursos, estes que são capazes de disciplinar nossos corpos em sua integralidade, seja através do discurso, da

atitude e até mesmo reconfiguram o modo de pensar, exercendo deste modo a vigilância sobre os corpos.

Por sua vez, Giorgio Agamben (2005) assevera que os dispositivos são “qualquer coisa que tenha, de algum modo, a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres viventes”.

A obtenção de provas a partir do reconhecimento pessoal, evidencia uma microfísica do poder, em que o corpo humano ao ser monitorado por câmeras, ou exposto, na forma de uma fotografia “desenha-se a rede dos olhares que se controlam uns aos outros” (Foucault, 1987).

Nas ruas opera o controle, a vigilância dos corpos, e o julgamento, o reconhecimento de pessoas traduz-se como um dispositivo de eliminação de sujeitos negros, “o olhar vai exigir muito pouca despesa. Sem necessitar de armas, violências, coações materiais. Apenas um olhar. Um olhar que vigia e que cada um, sentindo-o pesar sobre si, acabará por interiorizar, a ponto de observar a si mesmo” (Foucault, 2017).

Por fim, o reconhecimento de pessoas compreende uma prova de vasta danosidade sociorracial, sua credibilidade probatória é baixa, apropria-se de uma política criminal racista e predatória, o reconhecimento pessoal, é constituído e retransmitido através da lógica de vigilância de classificação dos corpos, onde o velho conhecido racismo oferece deliberadamente as algemas à população negra.

AGRADECIMENTOS

Agradecemos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 pelo desenvolvimento desta pesquisa.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **O que é um dispositivo?** Revista Outra Travessia, Florianópolis, 2005.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República.

BRASIL. **Portaria nº 793 de outubro de 2019.** Órgão: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Gabinete do Ministro. Diário Oficial da União. 2019.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros.** 2018.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Nº 209 de 31 de agosto de 2021.**

CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais.** Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 30, 1998.

DEISTER, Jaqueline. **Jovem negro prova inocência pela 3ª vez após ser acusado por erro de reconhecimento facial.** Revista Brasil de Fato. 2023.

DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. **Teoria Crítica da Raça: Uma introdução.** 1 ed.. Editora Contra Corrente.

DPRJ, Defensoria Pública do Rio de Janeiro. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.** Diretório de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/54f8edabb6d0456698a068a65053420c.pdf>.

DRUMOND, Ana Helena German. VIANNA, Tulio. **Falsas memórias e reconhecimento de pessoas: a (in)eficácia do artigo 226 do Código de Processo Penal e a importância do julgamento do HC 598.886/SC pelo STJ.** Revista dos Tribunais. v. 1033. ano 110. São Paulo: Ed. RT, novembro 2021.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. **Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra.** Relatório de pesquisa, 2018.

FÓRUM Brasileiro De Segurança Pública. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023.

FOUCAULT, M. The confession of the flesh. Interview. In: GORDON, C. **Power/ knowledge: selected interviews and other writings**. New York: Pantheon Books, 1980.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises, misérias e novas metodologias investigatórias**. 2. ed. Livro digital. São Paulo: Tirant lo Banch, 2022. p. 192.

IDDD, Instituto de Defesa do Direito de Defesa. **Reconhecimento de Pessoas e Prova Testemunhal: orientações para o sistema de justiça**. Projeto Prova sob suspeita - 2 ed.. 2022.

MUNHOZ, Maria Letícia Puglisi. **O racismo na interpretação das leis: uma análise sobre a influência da branquitude na aplicação da legislação relativa à discriminação racial**. Rio de Janeiro: Lumne Juris, 2020.

NOBLE, S. U. **Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism**. New York: New York University Press, 2018

NUNES, P. Novas ferramentas, velhas práticas: reconhecimento facial e policiamento no Brasil. In: **Centro de Estudos de Segurança e Cidadania; Rede de Observatório da Segurança**. Relatos da violência: cinco meses de monitoramento, análises e descobertas. São Paulo: Universidade Candido Mendes, 2019.

SINHORETTO, J. et al. **A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais**. Segurança pública e direitos humanos: temas transversais, 5, 121-160, 2014.

STEIN, Lilian Milnitsky. MYGAARD. Maria Lúcia Campani. **A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 43/2003. p. 151 - 164. Abr-Jun/2003.

STJ, Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 769783 / RJ**. Brasil. 2022.

SAÚDE E DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM DIÁLOGO NECESSÁRIO: PENSAR A TEMÁTICA A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA¹

Pietro Altoé Bruschi²

Tauã Lima Verdan Rangel³

RESUMO

O escopo do presente está assentado em analisar a saúde enquanto direito fundamental, à luz da dignidade da pessoa humana. Como é cediço, a contemporaneidade tem por característica uma valoração dos direitos sociais. O Brasil possui uma diversificação cultural muito grande tendo como característica uma difusão de desigualdade social, que rege a sociedade brasileira. Neste sentido, os direitos fundamentais, enquanto um instrumento de manifestação, resistência e de um engajamento por lutas sociais, pela busca da dignidade humana. Sendo assim, os direitos inerentes a figura do homem sofrem modificação no seu sentido dependo da época que se realiza uma análise a respeito de sua função dentro da sociedade. Nesse sentido, o texto normativo da Constituinte de 1988, provoca o sentimento de assecuração do direito fundamental à saúde apesar do não exercício eficaz em garantir tal direito mencionado por parte do Estado, sendo o Estado responsável por promover políticas públicas que difundam o direito à saúde. Ademais, a saúde é um direito de valor social e inerente a todas as pessoas que formam o Estado brasileiro. Desse modo, é de valor imensurável que o Estado pare de ser omissor e cumpra as normas jurídicas respeitando os preceitos da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, somente um Estado que respeite sua Constituinte, cumpra as normas, bem como as obrigações que são impostas, de tal forma poderá evoluir para afirmação de um Estado Democrático de Direitos. Nesse sentido, o Estado deve sempre buscar pela

¹ Artigo vinculado ao Projeto de Iniciação Científica “Um diálogo entre Têmis e Higiêia: uma análise da hipertrofia do poder judiciário à luz do entendimento do Supremo Tribunal Federal no período de 2020-2023, no processo de promoção e garantia do direito à saúde”

² Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). E-mail: pietro_altoex@outlook.com

³ Estudos Pós-Doutorais em Sociologia Política pela Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Doutorado e mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”, vinculado à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Correio Eletrônico: taua_verdan2@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8802878793841195>

proteção dos indivíduos e a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, usando de sustentação do princípio ora mencionado o fornecimento de saúde através de um engajamento em políticas públicas de valor social, ofertando o direito à saúde a população. A metodologia empregada para a construção do presente trabalho se baseou na utilização de métodos dedutivos e historiográficos. A partir do critério de abordagem, a pesquisa é categorizada como qualitativa. No que concernem às técnicas de pesquisa, empregaram-se a pesquisa bibliográfica e a revisão de literatura sob o formato sistemático.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo se propõe a examinar o direito à saúde e sua conexão direta à dignidade da pessoa humana, ademais, sua inserção no rol dos direitos fundamentais pela Constituição Federal de 1988, revelando-se sua crucialidade para a promoção de um Estado Democrático de Direito, apesar da delimitação de sua efetivação no território brasileiro, em razão das variáveis condições sociais dos indivíduos. Neste contexto, torna-se imprescindível que o Estado cumpra a previsão jurídica imposta, reverenciando os preceitos constitucionais para a garantia do acesso à saúde para todos os seres humanos.

Em razão a consolidação do liberalismo no século XIX, eram numerosos os benefícios econômicos para as nações que o adotaram, concomitantemente, a Revolução Industrial Inglesa impulsionou a mecanização da produção. Porém, a maioria da população sofria com más condições de vida, causando uma crescente insatisfação social, assim, gerando a eclosão dos movimentos sociais. Para evitar submeter-se às propostas do socialismo igualitário, o capitalismo precisou passar por grandes transições, adotando características mais humanitárias.

Essas mudanças culminaram na criação do Estado de Bem-Estar Social, que começou a intervir na economia a fim de corrigir as distorções geradas pelo desenvolvimento capitalista. Esse novo modelo de Estado tinha como objetivo mitigar as desigualdades resultantes do crescimento econômico capitalista, promovendo maior justiça social. A intervenção estatal passou a ser vista como uma forma de garantir melhores condições de vida, com políticas que buscavam distribuir renda e oferecer proteção social, sem romper completamente com os princípios capitalistas.

A Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro, foi um marco na redemocratização do Brasil, estabelecendo o Estado democrático de direito com embasamento claro na cidadania e na dignidade humana. Seu preâmbulo destaca a garantia de direitos sociais e individuais, tal como a promoção da liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça.

Na Constituição Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é estabelecida como um dos fundamentos do Estado, destacada já no primeiro artigo, o que sublinha a importância do tema. Além disso, o princípio se torna presente em outros artigos, como o 226, que relaciona a dignidade ao planejamento familiar, e os artigos 227 e 230, que tratam da proteção de crianças, adolescentes e idosos, demonstrando seu papel central nas políticas públicas e na organização social.

A deificação da saúde no período clássico foi celebrada por vários escritores, como Platão, que colocava a saúde como o maior bem da vida humana. No *Corpus Hippocraticum*, a saúde é exaltada como essencial para o bem-estar, e a medicina dietética, que visava a prevenção de doenças através de uma vida equilibrada, foi altamente influente. Essa dieta, que incluía orientações sobre alimentação, sono, sexo, banho e exercícios, representou uma revolução na medicina, promovendo uma abordagem interativa e preventiva para a saúde. Assim, a vida dos gregos tornou-se cada vez mais medicalizada, com a saúde sendo central tanto na prática cotidiana quanto nas crenças religiosas.

A busca pela afirmação legítima e bem-estar do ser humano, sobretudo a sua dignidade, são meios estatais de se materializar e concretizar a finalidade do Estado, promover o bem coletivo e garantir os direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana se torna um valor central, sendo um princípio norteador de toda a ordem jurídica, do qual se originam demais direitos. Ressalta-se que do direito à vida e da dignidade humana decorre o direito à saúde, caracterizado no art. 6º do Texto Constitucional de 1988 como direito social fundamental.

Em termos metodológicos, foram empregados os métodos científicos historiográfico e dedutivo. O primeiro método foi utilizado na análise histórico-evolutiva da figura do Estado

de Bem-Estar Social. Já o método dedutivo encontrou-se aplicabilidade no recorte temático proposto para o debate central do artigo. Ainda no que concerne à classificação, a pesquisa se apresenta como dotada de aspecto exploratório e se fundamenta em uma análise conteudística de natureza eminentemente qualitativa.

Como técnicas de pesquisa estabelecidas, optou-se pela adoção da revisão de literatura sob o formato sistemático, acompanhado de revisão bibliográfica. O critério de seleção do material empregado pautou-se em um viés de aproximação com a temática estabelecida. Ao lado disso, as plataformas de pesquisa empregadas na condução da pesquisa foram *Google Acadêmico*, o *Scielo* e o *Scopus*, sendo, para tanto, utilizados como descritores de seleção do material empreendido as seguintes expressões “Saúde”; “Dignidade da Pessoa Humana”; “Direito Social” e “Fundamentalidade”.

1 A EMERGÊNCIA DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E A ECLOSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

O liberalismo, consolidado no decurso do século XIX, apresenta como característica mais clara a mínima interferência estatal na vida privada dos cidadãos e na ordem econômica. Em específico, o liberalismo econômico se desenvolveu a partir do modelo do capitalismo, o qual garantiu uma série de imensuráveis benefícios aos países que os constituíram. Ainda no contexto do século XIX, não se pode olvidar a emergência e florescimento da Revolução Industrial Inglesa, evento de mecanização da produção e de promoção do êxodo rural para a cidade.

A Revolução Industrial apresentou uma produção em grande escala, um crescimento econômico vultoso e um aumento de riqueza de uma minoria, porém, desencadeou imensuráveis problemas sociais, criando, consequentemente, insatisfação popular. A igualdade e a liberdade eram escrupulosamente formais, em vista que a maioria da sociedade, em exceção dos cultuadores da Bela Época, era oprimida. (Bonavides, 1980, *apud* Silva Junior, 2010, p. 31). Ademais, é oportuno apontar que o descontentamento alheio originou uma série de cenários aludindo sobre garantias sociais, como a Constituição

Francesa de 1984, consagrando direitos econômicos e sociais. Torna-se crucial frisar que Karl Marx publica o Manifesto nesse mesmo ano, convocando todos os trabalhadores para tomada de poder (Silva Junior, 2010).

A partir da segunda metade da centúria passada, os movimentos sociais eclodem, concomitantemente, desabrochando ideias revolucionárias das vertentes de Marx e Engels, os quais acreditavam ser o capitalismo imperialista o germe da destruição do próprio sistema. Assim sendo, condições de trabalho que reuniam salários baixos, altas cargas horárias diárias, precarização das e insalubridade do ambiente de trabalho, de um lado, e, de outro, a concentração de renda na mão da classe burguesa, desdobraram em uma série de manifestações que vindicavam melhores condições de trabalho.

O Estado Liberal, nesta toada, encontrava-se em profunda contradição, eis que estimulava a livre iniciativa, ao instante em que encorajava os politicamente avantajados em detrimento da maior parcela social. Neste sentido, ainda, o dogma liberal, assentado na liberdade, unificada no livre comércio e na livre pactuação, tornou-se insuficiente para assegurar o acesso aos bens da vida. A adoção de uma atuação intervencionista passou a ser necessária, mas não no campo da vida privada do cidadão, e sim nas relações laborais e sociais (Albuquerque, 1990, p. 02).

A fim de não se submeter às propostas do socialismo igualitário, conforme relatado por Albuquerque (1990), o capitalismo houve de passar por grandes transições, para apresentar-se com traços humanitários. Não obstante, inaugura-se o modelo de Estado, denominado de Estado de Bem-Estar Social, Estado de Providência, Estado Social ou, ainda, *Welfare State*, que passará a intervir com o intuito de reduzir as distorções provenientes do desenvolvimento econômico propiciado pelo capitalismo.

O Estado Social manifestou-se em diversos períodos da história, apresentando configurações e denominações próprias. Revelou-se, na Alemanha, no século XIX, como Estado Providência; Estado de Bem-Estar Social na Europa, no período pós-guerra; Estado Administrativo nos Estados Unidos, no pós-*New Deal*. (Dallari, 2011 *apud* Bucci, 2023, p. 06). Como desdobramento vertebral de tal concepção de Estado, o novel modelo passa a

controlar as condições práticas da participação da sociedade nos prestígios oriundos do progresso econômico. Indiscutivelmente, a Igreja Católica, juntamente com o movimento sindical, atuou objetivamente na transmutação da labutação do Estado, relativo à ordem econômica. Conforme citam Angnes, Buffon e Morigi:

Diante desse deslocamento da função estatal houve a passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, implicando a transformação dos processos adotados pelo liberalismo, em que a autoridade pública se responsabilizava pela manutenção da paz e da segurança. As mudanças citadas forjaram a base para o surgimento do Estado do Bem-Estar Social (Angnes; Buffon; Morigi, 2011, p. 62).

Segundo aponta Garcia-Pelayo (1996 *apud* Angnes, Buffon e Morigi, 2011, p. 62), o termo Estado Social tornou-se habitual a partir da Segunda Guerra Mundial, a fim de designar um sistema político-econômico, que visava a ascensão da segurança, do bem-estar social e econômico, aspectos sob a responsabilidade do Estado. A instituição do Estado Social exprimiu a cessação com os fulcros convencionais que fundamentavam o Estado Liberal e sua postura absenteísta, no que concerne às relações de cunho privado. Nesse sentido, ainda, Bonavides, em seu magistério, enfatiza:

O Estado Social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas, a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. (Bonavides, 1980 *apud* Silva Júnior, 2010, p. 343).

Bonavides, com maior aprofundamento, discute detalhadamente a definição de Estado Social:

É Estado social onde o Estado avulta menos e a sociedade mais; onde a liberdade e igualdade, já não se contradizem com a veemência do passado; onde as diligências do poder e do cidadão convergem, por inteiro, para trasladar ao campo da concretização de direitos, princípios e valores que

fazem o Homem se acercar da possibilidade de ser efetivamente livre, igualitário e fraterno. A esse Estado pertence, também a revolução constitucional do segundo Estado de Direito, onde os direitos fundamentais conservam sempre o seu primado. Sua observância faz a legitimidade de todo o ordenamento jurídico. (Bonavides, 2011, p. 33)

A trajetória do Estado social pode ser dividida em seis grandes fases históricas, as quais evidenciam a alternância entre as mudanças estruturais em momentos calamitosos e períodos de evolução exponencial. Contudo, para a discussão proposta, as primeiras três fases são as mais importantes para o debate estabelecido. A primeira fase, considerada o prelúdio de sua existência, estende-se aproximadamente entre 1848 até o início da Primeira Guerra Mundial, onde surgiram as primeiras ideias e instituições voltadas para a intervenção estatal. (Bucci, 2023, p. 11)

Na segunda fase, intitulada como emergência, houve o começo de sua consolidação, ocorrendo entre o período das duas grandes guerras. Neste período, há marcos como a criação de Constituições sociais, como a do México (1917), da Alemanha (Weimar, 1919); tal como o surgimento da Organização Internacional do Trabalho (1919), da Carta *del Lavoro* na Itália (1927), e da Liga das Nações. Ainda nesta fase, ocorre a Revolução russa, a estruturação da URSS e a crise de 1929 nos Estados Unidos. (Bucci, 2023, p. 14). A terceira fase, denominada como o ápice do Estado social ocorre no período pós-Segunda Guerra Mundial, no qual houve a expansão significativa das políticas de bem-estar social (Bucci, 2023, p. 16)⁴.

O Estado social engloba, em apertada síntese, o sentido político, o sentido econômico, o sentido social, o sentido jurídico e o aparelho de Estado. No âmbito político, possui a democracia como princípio basilar. O desenvolvimento é embasado pelo reformismo, competição e cooperação política entranhados com as instituições em que há

⁴ A quarta fase apresenta o declínio, manifestada durante os anos 1980, sendo potencialmente acentuada com a crise financeira de 2008, marcando o início da quinta fase, epitetada como agravamento da crise, partindo do período de 2008 até a pandemia de 2020. Finalmente, a sexta fase referindo-se à reconstrução no momento de pós-pandemia, a partir de 2020, necessitando haver a revisão dos papéis econômicos e sociais diante dos impactos da crise provocada pela COVID-19. (Bucci, 2023, p. 18-23)

a ocorrência da disputa democrática, contrastando com o Estado revolucionário, em que não há o remanejamento estrutural necessário. Na perspectiva econômica, há a caracterização da incitação ao desenvolvimento, negociação entre capital e trabalho, e a criação da classe média. Há uma clara ressignificação do papel desempenhado pelo Estado, o qual discrepa e se contrapõe ao Estado liberal no qual há a dissonância sobre relações privadas destinadas a suprirem interesses especiais, ademais do dogma dos indivíduos de se organizarem livremente, conforme suas capacidades. (Bonavides, 2011 *apud* Bucci, 2023, p. 05).

À luz do sentido social, aplicam-se políticas públicas para a conexão social, garantindo direitos provenientes à inclusão e presença nos efeitos sociais, alicerçando o objetivo de produtividade no trabalho. Em polarização com o posicionamento liberal, que dissipa o comprometimento da liberdade individual em programas governamentais, privilegiando indevidos setores da sociedade (Dallari, 2011 *apud* Bucci, 2023, p. 06). Sob o prisma jurídico, enfatiza-se o protagonismo da noção de cidadania e dos direitos sociais, possuindo instrumentos jurídicos de pactuação e intervenção fundamentados no interesse coletivo. Há, neste passo, um relevante contraste com a legitimidade liberal-burguesa, canalizada nas relações interpessoal.

Na concepção de aparelho de Estado, fixa-se a formadura de burocracia pública erudita e apta para desempenhar, imparcialmente, funções próprias do Estado, com a aplicação estratégica orientada e direcionada à ação pública. Em dissonância com a vertente liberal de Estado, que compartilha poder para os setores da sociedade para regularem atividades, a fim de preservar a liberdade de ação privada. (Bonavides, 2011 *apud* Bucci, 2023, p. 06).

b2 O TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988 COMO RUPTURA DE PARADIGMAS NA ORDEM BRASILEIRA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A passagem da ditadura forçosa, em 1964, para a nova República, foi o período mais doloroso do país em fator dos excessos comandados pelo poder autoritário. As respostas concretas contra o sistema ditatorial se iniciaram com o lançamento da Carta de Recife, Pernambuco, em 1971, apresentando a exigência da redemocratização e a criação de uma nova Constituição. Por conseguinte, a partir de 1974, surgem novas observâncias em relação às atitudes ocorridas, como o exemplo da revogação do Ato Institucional nº 5, pela Emenda Constitucional nº 11 em 13 de outubro de 1978, que restaurou estipulados direitos fundamentais, suprimidos anteriormente. Torna-se crucial ressaltar o reestabelecimento das eleições diretas para cargos governamentais, por meio da Emenda Constitucional nº 15 de 1980. (Bonavides; Andrade, 2008 *apud* Almeida; Veronese, 2020, p. 1.106).

Em 1985, o Brasil vive a última eleição indireta, por meio do Colégio Eleitoral, escolhe-se Tancredo Neves como Presidente. Posteriormente, com sua morte, o vice-presidente, José Sarney, assume a presidência. Portanto, em 27 de novembro do mesmo ano, a Emenda Constitucional nº 26 convocou uma Assembleia Nacional Constituinte soberana, oficialmente posicionada em 1º de fevereiro de 1987, integrada por 478 deputados e 72 senadores (Bonavides, Andrade, 2008 *apud* Almeida, Veronese, 2020, p. 1.106).

Por intermédio das emendas populares, previstas no art. 24 do Regimento Interno da Constituinte, a população poderia dispor propostas de emendas ao projeto da Constituição, tendo o requisito de ser escrita por no mínimo 30 mil eleitores e por ao menos três entidades associativas. Em razão do art. 14 da Resolução nº 2 de 1987, as subcomissões deveriam conceder cinco a oito reuniões para audiência com entidades representativas de inúmeros segmentos da sociedade. Assim, grupos participaram efetivamente da elaboração da Constituição, criando o reconhecimento de sindicatos, pequenos produtores rurais,

povos indígenas, grupos religiosos, movimentos de saúde, dentre outros. (Almeida; Veronese, 2020, p. 1.107-1.108).

Após esse processo, é promulgada a Constituição Federal de 1988, em 5 de outubro da mesma data, identificando uma reviravolta democrática de extrema importância aos brasileiros. Conforme ressalta Sardenberg (2008):

Promulgada em 5 de outubro, a Constituição de 1988 representou um marco central na redemocratização do país e na inauguração de um Estado democrático de direito, fundado na cidadania e na dignidade da pessoa e destinado, conforme seu preâmbulo, a assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Para além do progresso que representou no que diz respeito ao reconhecimento formal dos direitos fundamentais e sociais, a Constituição marcou também a abertura de uma nova visão acerca do papel da Administração Pública, que consagra a supremacia dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade e afirma a necessidade de concurso para acesso aos cargos e empregos públicos, numa clara rejeição ao patrimonialismo e clientelismo que predominavam em determinados setores públicos.

Em 1998, por meio da Emenda Constitucional n. 19, veio a somar-se aos princípios acima elencados o princípio da eficiência, que indica a determinação de se virar definitivamente uma página na história da Administração Pública brasileira. Não obstante as críticas que lhe podem ser dirigidas, a Constituição de 1988 representou um claro avanço em muitos sentidos, notadamente no que diz respeito à consciência da necessidade de responsabilização, transparência e controle social do Estado. A Constituição de 1988 e as suas sucessivas emendas produziram, ainda, impactos sobre setores específicos da economia, notadamente os de infraestrutura. (Sardenberg, 2008, p. 01).

Em 1988, o Brasil segue o exemplo das Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978), ao instituir, no art. 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana, juntamente com a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político. (Mendes, 2013, p. 85). Consagra-se a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, o constituinte constata que o Estado,

categoricamente, existe em função da pessoa humana, visto que o indivíduo constitui fim crucial, e não meio da atividade estatal. (Sarlet, 2011 *apud* Mendes, 2013, p. 86).

A filosofia humanista moderna trouxe à tona a consciência da unidade e dignidade de todos os seres humanos, que, de acordo com Kant, se constitui em um imperativo categórico: "Aja de tal maneira que tu trates a humanidade (*Menschheit*), tanto em tua pessoa como na pessoa dos demais, sempre como um fim e nunca apenas como um meio" (Rabenhorst, 2008, p. 81 *apud* Rabenhorst, 2019).

O termo, derivado do latim *dignitas*, identifica a dignidade como tudo aquilo que merece respeito, consideração ou estigma, simbolizando uma categoria moral da condição humana, sendo, um conceito historicamente construído em uma vertente humanista desenvolvida desde os filósofos da Antiguidade. (Rabenhorst, 2008 *apud* Rabenhorst, 2019). O filósofo grego, influenciado pelas condutas estoicas, Marco Túlio Cícero, potencializou a compreensão do termo dignidade, conforme cita Liguori (2010):

Cícero conseguiu desenvolver um entendimento de dignidade diferenciado, pois desvinculou a referida ideia de uma noção de "status" social, tornando possível a identificação da "coexistência de um sentido moral e sociopolítico de dignidade". Assim, entendia esse "sentido moral" da dignidade como sendo aquele inato, que todo ser humano traz consigo desde seu nascimento, pelo motivo de ser o único ser racional existente na natureza. E, já no que se pode dizer de um "sentido sociopolítico", admitia a existência de uma vinculação da dignidade à posição social do indivíduo, sendo que esta poderia sofrer modificações ao longo da vida (Liguori, 2010, p. 107 *apud* Rabenhorst, 2019).

Por meio dos postulados kantianos que há o assentamento da ideia universalista da dignidade humana, visceralmente, fundamentada na evolução do Estado Moderno até o Estado Democrático de Direito e nas perversidades ocorridas na Guerras Mundiais, em que a dignidade humana foi estipulada como conceito fundamental na universalização dos direitos humanos. (Parente; Rebouças, 2013 *apud* Rabenhorst, 2019).

Notoriamente, o evento culminante para a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adveio da Segunda Guerra Mundial, que possibilitou a criação

sistêmica normativa da proteção dos direitos, e a implementação de um código de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. (Hunt, 2009 *apud* Rabenhorst, 2019). Nunes (2009 p. 50-51 *apud* Rabenhorst, 2019) elucida que "a dignidade da pessoa humana é uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades, que marcou a experiência do homem".

Há a especificação da dignidade humana como um fundamento máximo dos Estados Constitucionais, na lei fundamental e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, logo em seu primeiro artigo, que indica o simbolismo do tema. Entretanto, possui outra citação no art. 226, relacionando a dignidade humana ao planejamento familiar, e da mesma forma, há a menção do princípio em questão no art. 227 e no art. 230, versando sobre a proteção de crianças, adolescentes e idosos. (Mendes, 2013, p. 86-87).

Conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF:

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, assim, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 2008, p. 359).

A expressão constitucional da dignidade da pessoa humana constitui, evidentemente e profundamente, a exposição do princípio abordado, que abrange mais do que a simples garantia de uma vida digna. A Constituição Brasileira, refere-se em “existência digna”, o que apresenta amplitude do conceito, inserindo-se no início da vida autônoma (a qual embriões e fetos ainda não possuem), quanto após o término da vida consciente, onde o organismo pode continuar a ser protegido juridicamente, ante ao caso da utilização de órgãos e na permanência de atividades biológicas, mesmo após a cessação das funções

cerebrais. (Brasil. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 2008, p. 361).

Evidentemente, o Supremo Tribunal Federal é constantemente indagado a decidir situações que evoca o princípio da dignidade humana, sobre questões imprevisíveis para o período da promulgação da Constituição Federal de 1988. Sob a análise do caso da possibilidade de uso de células-tronco embrionárias em experimentos científicos, apresentado que esses estudos confirmam que a dignidade humana se dispõe com um novo conteúdo para seu conceito no Direito Contemporâneo. O uso da expressão, assume um significado inédito, contemplado à integridade, à intangibilidade e à inviolabilidade do indivíduo, em todas as dimensões existenciais que compõem a natureza humana, transcendendo o aspecto meramente moral. Denota-se, desta feita, que a pesquisa torna uma salvaguarda da dignidade humana em questão para as futuras gerações. (Menezes, 2008 *apud* Mendes, 2013).

Por meio da votação dos ministros, o caso constatado em que a dignidade humana é considerada como “um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais”. (Lewandowski, 2008 *apud* Mendes, 2013). Por finalização, o Tribunal estipulou que a pesquisa com células-tronco embrionárias não transpassa o direito à vida, sendo constitucional, demonstrando seu inexorável compromisso com a defesa dos direitos fundamentais que regem no Estado Democrático de Direito. (Mendes, 2013).

3 UM DIÁLOGO COM HIGIEIA: A SAÚDE ENQUANTO DIREITO SOCIAL CONSAGRADO NO TEXTO CONSTITUCIONAL DE 1988

Na Grécia Antiga, regia-se uma sociedade em que todas as ações eram precedidas pelos deuses (Feitosa, 2023, p. 113). Assim, ao referenciarmos uma alusão histórica a esse período, haverá uma compreensão mais profunda sobre o mundo da saúde, sob a análise dos rituais e deuses de cura, visto que graças a esse caráter votivo da crença grega, que

possuímos material para um estudo revelador. Os gregos compreendiam que a saúde era mais do que um estado desejável de corpo e mente, além disso, era personificada em uma deusa, Higeia, filha do poderoso deus curandeiro Asclépio. (Feitosa, 2022, p. 127).

A deusa era representada, figurativamente, por uma mulher vigorada fisicamente, com cabelos amarrados em coque, trajando *peplo* e *himation*, e portava em uma de suas mãos a *phiale* contendo água, vinho ou alguma poção curativa, em que se entrelaçava uma cobra, sendo este o símbolo da farmácia. (Feitosa, 2022, p. 127). Assim sendo, Higeia sugeria, misteriosamente, a escolha dos alimentos necessários e remédios apropriados para revitalização e impugnação dos males, sustentava também a força dos mortais, prevenindo doenças. (Matsui, 2016, p. 63).

A deusa pertencia à família de Apolo, sendo filha de Epione (aquela que alivia a dor) com Asclépio. O culto de Higeia, introduzido em 420 a.C. em Atenas, é proveniente ao culto de Asclépio, sendo uma emanção, uma extensão e uma intensificação de seu poder. Asclépio, quando inserido ao panteão e deificado, necessitava de seus filhos, da mesma forma que um médico precisa de seus assistentes. (Edelstein, 1998 *apud* Matsui, 2016, p. 60-61). Antes do culto a deusa, a função de Deusa da Saúde era empossada a Atenas, portanto, o Oráculo de Delfos encarregou o posto para a nova deusa após o assolamento de uma praga na cidade de Atenas, em 429 a.C. Dessa forma, Higeia passou a ser idolatrada e recebeu templos próprios, fazendo o santuário de Asclépio, em Epidauro, uma região a sua devoção. (Orsini *et al.*, 2022, p.2).

Perceptivelmente, a saúde foi deificada no período clássico, havendo sua exaltação por muitos escritores, como Platão que recita uma canção evocada em banquetes, possivelmente de autoria de Epicarmo ou Simônides. O autor elenca os maiores bens do homem, primeiramente a saúde, posteriormente a beleza e a riqueza. Há várias expressões no *Corpus Hippocraticum* que enaltecem a saúde como o maior de todos os bens do indivíduo. No *Regime*, o autor hipocrático afirma ter descoberto uma dieta que se aproxima o mais possível do maior grau de verdade (*ἐστί μοι δίαίτα ἐξευρημένη*). Ele explana uma dieta que envolve a alimentação, as bebidas, o sono, as relações sexuais, o banho e os

exercícios, denominada de dietética, sendo fonte da construção de uma medicina social interativa. A medicina dietética, devido suas técnicas de prevenção de saúde, influenciou em todas as áreas do homem, tornando sua vida medicalizada. (Matsui, 2016, p. 62-63).

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), por meio da divulgação da carta de princípios em 1946, houve a identificação de que a “Saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”. A saúde deveria evidenciar o direito a uma vida plena, sem privações. (Scliar, 2007). Portanto, é um direito fundamental da pessoa humana, que deve ser garantido sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição socioeconômica. A saúde não é apenas um bem individual, em razão que nenhum indivíduo sentirá tal bem enquanto, em seu meio, há o sofrimento de muitos, circunstância que reflete no funcionamento da sociedade. (Araújo; Repetto, 2016, p. 10).

Assumido o conceito da OMS, nenhum indivíduo será totalmente saudável ou totalmente doente, em fenômeno que viverá condições de saúde ou doença de acordo com suas potencialidades, condições de vida e interação com elas. Na Oitava Conferência Nacional de Saúde (1986), o conceito de saúde foi ampliado, passando a ser compreendido como o resultado de diversos precedentes, como a alimentação, a educação, a renda, o meio ambiente, o trabalho, o transporte, o emprego, o lazer, a liberdade, além do acesso aos serviços de saúde. Esses fatores estão diretamente ligados às formas de organização social e de produção, que podem gerar grandes desigualdades no acesso aos cuidados de saúde e nas condições de vida. (Araújo; Repetto, 2016, p. 11).

O conceito desenvolvido por Marc Lalonde em 1974, enquanto titular do Ministério da Saúde e do Bem-Estar do Canadá, país que seguia o modelo médico inglês, oferece uma ferramenta útil para analisar os fatores que influenciam a saúde e sobre os quais a saúde pública deve atuar. (Scliar, 2007). Esse conceito é o de campo da saúde, *health field*. Segundo o conceito em questão, o campo da saúde engloba:

- a biologia humana, que compreende a herança genética e os processos biológicos inerentes à vida, incluindo os fatores de envelhecimento;

- o meio ambiente, que inclui o solo, a água, o ar, a moradia, o local de trabalho;
- o estilo de vida, do qual resultam decisões que afetam a saúde: fumar ou deixar de fumar, beber ou não, praticar ou não exercícios;
- a organização da assistência à saúde. A assistência médica, os serviços ambulatoriais e hospitalares e os medicamentos são as primeiras coisas em que muitas pessoas pensam quando se fala em saúde. No entanto, esse é apenas um componente do campo da saúde, e não necessariamente o mais importante; às vezes, é mais benéfico para a saúde ter água potável e alimentos saudáveis do que dispor de medicamentos. É melhor evitar o fumo do que submeter-se a radiografias de pulmão todos os anos. É claro que essas coisas não são excludentes, mas a escassez de recursos na área da saúde obriga, muitas vezes, a selecionar prioridades. (Scliar, 2007, p. 37).

Segundo Langdon (1994 *apud* Araújo; Repetto, 2016), é possível dividir os sistemas de cuidados da saúde em três setores: profissional, popular e familiar. O profissional é composto por sistemas médicos organizados e regulamentados, como a biomedicina e a acupuntura. O setor popular refere-se aos especialistas de saúde, embora não organizados e burocratizados, são reconhecidos e caracterizados por suas comunidades por desempenharem papéis de cura e por possuírem conhecimento especializado em algum aspecto da saúde, como o caso de xamãs. O âmbito familiar envolve a rede social do enfermo, como a família e vizinhança, cujos conhecimentos sobre saúde são usados nas fases iniciais da doença. (Langdon, 1994 *apud* Araújo; Repetto, 2016, p. 11).

Sob a perspectiva do direito individual, o direito à saúde valoriza a liberdade em seu sentido mais amplo. As pessoas devem ter liberdade de escolher a relação que terão com o meio em que vivem, o estilo de vida que desejam seguir, suas condições de trabalho e, em caso de doença, o recurso médico que buscarão, bem como o tipo de tratamento que se submeterão, entre outros aspectos. Portanto, é notório que a liberdade efetiva necessária para garantir o direito à saúde como direito subjetivo depende do nível de desenvolvimento do Estado. Apenas em um Estado socioeconômico e culturalmente desenvolvido o indivíduo tem a liberdade de buscar um bem-estar físico, mental e social completo e, ao adoecer, de participar ativamente na definição do tratamento. (Dallari, 1987).

Em aspectos sociais, o direito à saúde exalta a igualdade. As restrições às condutas humanas são estabelecidas, precisamente, para que todos possam desfrutar igualmente dos benefícios em sociedade. Assim, a fim de proteger a saúde coletiva, é crucial que ninguém impeça outra pessoa de buscar seu próprio bem-estar ou a induza a adoecer. Essa é a justificativa para a existência de normas jurídicas que impõem a vacinação, a notificação de doenças, o tratamento, o isolamento em certos casos, além da destruição de alimentos contaminados e do controle sobre o meio ambiente e as condições de trabalho. A garantia que os cuidados de saúde sejam oferecidos de forma igualitária a todos que necessitam, também responde à exigência de equidade. Evidentemente, como um direito coletivo, a saúde também está alicerçada ao nível de desenvolvimento do Estado, assim, somente um Estado que tenha seu direito ao desenvolvimento assegurado será capaz de proporcionar as mesmas medidas de proteção e cuidados iguais para a recuperação da saúde de toda a população. (Dallari, 1987).

A promulgação da Constituição Federal da República de 1988 surge em um período marcado pela busca da proteção e efetivação dos direitos essenciais à sociedade e ao ser humano. A busca pela afirmação legítima e bem-estar do ser humano, sobretudo a sua dignidade, são meios estatais de se materializar e concretizar a finalidade do Estado, promover o bem coletivo e garantir os direitos fundamentais. O princípio da dignidade da pessoa humana torna este primado um valor máximo a ser observado, sendo um princípio norteador de toda a ordem jurídica, do qual se originam demais direitos. (Silva; Silva, 2017)

Ressalta-se que do direito à vida e da dignidade humana decorre o direito à saúde, caracterizado no Art. 6º como direito social fundamental. O princípio da dignidade exerce dupla função, visto que além de centro gravitacional para os direitos fundamentais, serve ainda de elemento a sua proteção. (Alves; Deprá, 2016 *apud* Alves; Bitencourt, 2016, p. 106-107). Em razão do pertencimento ao campo indissociável do direito à vida, o direito à saúde está vastamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, este que é base da ordem jurídica constitucional brasileira. Ao entrelaçar a saúde em seu concreto lastro de proteção, confere anteparo contra abusos de poder que possam ser voltados contra ele,

coexistindo entre o direito à saúde e dignidade da pessoa humana um aglomerado de interesses, o que impossibilitaria o esvaziamento do direito e do princípio em questão. (Figueiredo, 2007 *apud* Alves; Bitencourt, 2016).

A Constituição Federal de 1988 inovou ao estabelecer a estrutura da saúde pública e privada no Brasil. Enquanto as constituições anteriores, de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/1969, apenas determinavam que a União criasse e executasse um plano de saúde, a Constituição de 1988 elevou a saúde a direito social fundamental (art. 6º), atribuindo responsabilidades compartilhadas entre União, Estados e Municípios (art. 23, II). Ela também estabeleceu a competência da União para legislar sobre direito sanitário (art. 24, XII) e definiu que os municípios devem prestar serviços de saúde com apoio técnico e financeiro da União e dos Estados (art. 30, VII). A Carta ainda prevê limites mínimos de investimentos em saúde (art. 34, VI, e) e várias outras disposições que organizam a saúde no Brasil. (Gebran, 2014, p. 4). Quanto ao estabelecimento da saúde, o artigo 196 da Constituição Federal afirma:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Brasil, 1998).

Sob a análise do artigo 197, o conteúdo constitucional qualifica como de relevância pública as ações e serviços de saúde, assim, possui conexões mestras com outras concepções relevantes da Constituição Federal de 1988, como políticas públicas, bem-estar social e os princípios da igualdade, universalidade e solidariedade, visados à efetivação do direito à saúde. Em razão das políticas públicas, compete ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, podendo-se relacionar essa responsabilidade a outros temas constitucionais, como o saneamento básico, a saúde ambiental, a distribuição de medicamentos, as medidas e órgãos responsáveis pela tutela do direito à saúde, além do financiamento do setor. (Silva, 2016, p. 12).

Cabe salientar que os princípios da igualdade, universalidade, solidariedade e liberdade, visto que sem saúde física e psíquica, o indivíduo não é verdadeiramente livre, também podem ser conjecturados nos dispositivos constitucionais que assessoram o sistema público, Sistema Único de Saúde (SUS), e privado de saúde, artigos 198 a 200, sendo perceptível a preocupação do formador em conferir o direito à saúde a todos os indivíduos. Em sucessão ao §2º do artigo 5º da Constituição Federal, há a ampliação dos direitos e garantias estabelecidos por tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assegura o direito à vida e à saúde, bem como o Protocolo de San Salvador (1988), que protege explicitamente o direito à saúde em seu artigo 10. Também se incluem a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e várias convenções da ONU contra a tortura, como a europeia e interamericana, portanto, esses tratados, por meio da abertura constitucional, ampliam o direito à saúde de forma direta ou indireta. (Silva, 2016, p. 13).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado no presente estudo, a saúde está intrinsecamente vinculada à dignidade da pessoa humana, sendo caracterizada como um direito fundamental do indivíduo. Dessa forma, torna-se imperativa a efetivação concreta desse direito, assim, não podendo ser tratada apenas como um direito formal, mas deve haver sua concretização prática, garantindo a todos os indivíduos o acesso equânime a condições adequadas de vida e bem-estar.

O Estado social apresenta-se como um grande avanço na história da humanidade, visto que implementou políticas públicas que promovem a inclusão e a participação nas dinâmicas sociais, assegurando direitos fundamentais, destacando a cidadanias e os direitos sociais, por meio de mecanismos legais voltados ao interesse coletivo, em oposição legitimidade liberal, focada nas relações interpessoais.

Com o advento do Estado social, os governos assumem um posicionamento ativo na promoção do bem-estar coletivo, reconhecendo que o Estado deve ser um agente responsabilizador direto na garantia de direitos fundamentais. Esse modelo não se restringe à simples manutenção da ordem pública, mas busca promover a equidade e corrigir desigualdades estruturais que surgem das dinâmicas de mercado e da sociedade.

Os horrores resultantes da Segunda Guerra Mundial impulsionaram a criação de um marco normativo global voltado à proteção dos direitos humanos, que buscou garantir um padrão mínimo de dignidade e liberdade para todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade ou condição. A dignidade da pessoa humana apresenta-se como uma conquista da razão ético-jurídica de uma reação abrupta às atrocidades históricas vividas pela humanidade. Nos Estados Constitucionais, o princípio em pauta é elevado a fundamento máximo, como observado na Constituição de 1988, que o consagra logo em seu primeiro artigo, destacando sua importância simbólica.

A dignidade da pessoa humana, expressa constitucionalmente, ultrapassa a barreira da simples garantia de uma vida digna, sendo elemento essencial que fundamenta a ordem constitucional servindo de alicerce para a organização das normas e direitos, que dessa forma, permeando toda a construção do Direito. Assim, a dignidade humana é considerada como um superprincípio constitucional, no qual se sustentam todas as decisões e escolhas políticas estruturadas no modelo de Direito consagrado pela Constituição.

O direito à saúde, como direito social fundamental previsto no Art. 6º da Constituição, deriva do direito à vida e da dignidade humana. Por fazer parte do campo indissociável do direito à vida, o direito à saúde está intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana, que é a base da ordem jurídica constitucional brasileira. A Constituição de 1988 trouxe inovações significativas ao elevar a saúde ao status de direito social fundamental e organizar sua prestação pública e privada, estabelecendo a competência da União para legislar sobre direito sanitário e define o papel dos municípios na prestação de serviços de saúde com apoio técnico e financeiro dos demais entes federativos.

O artigo 197 da Constituição Federal qualifica as ações e serviços de saúde como de relevância pública, conectando-os a outros conceitos fundamentais, como políticas públicas, bem-estar social e os princípios da igualdade, universalidade e solidariedade. Esses princípios visam garantir a efetivação do direito à saúde. Além disso, os princípios de igualdade, universalidade, solidariedade e liberdade são fundamentais no apoio ao sistema público (SUS) e privado de saúde, conforme disposto nos artigos 198 a 200 da Constituição. Cabendo ao Estado regulamentar, fiscalizar e controlar esses serviços, o que se relaciona a temas como saneamento básico, saúde ambiental, distribuição de medicamentos, e o financiamento do setor.

Apesar dos avanços significativos, os direitos sociais ainda enfrentam muitos desafios. A desigualdade, a exclusão social, o desmantelamento de políticas de bem-estar social e as condições variáveis do bem-estar de cada indivíduo continuam a afetar milhões de pessoas. A crise econômica e as mudanças no mercado de trabalho, com o avanço da tecnologia e a precarização das relações laborais, trazem novas questões sobre como proteger esses direitos na contemporaneidade.

A saúde física é essencial para que o indivíduo exerça sua liberdade plena, refletindo a preocupação constitucional de garantir o direito à saúde para todos os cidadãos. A Constituição de 1988 assegura o direito à saúde, mas o Estado muitas vezes falha em efetivar esse direito. Em fim último, o Estado deve adotar políticas públicas eficazes para garantir a saúde como um valor social, respeitando o atributo mais valioso, qual seja: o direito à vida, que se encontra inseparável do direito à saúde, visto que sem sua garantia plena e eficaz, todas as áreas da vida humana são comprometidas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José. A intervenção do estado no domínio econômico: evolução constitucional brasileira (1934-67). **Revista de Ciência Política**, São Paulo, v. 33, n. 2, 1990.

ALMEIDA, Jaqueline; VERONESE, Osmar. O marco da Constituição Federal de 1988 e a trajetória de reconhecimento jurídico das diferenças identitárias no Brasil. *In*: VIII

Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, **Anais...**, Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2020.

ALVES, Cássio; BITENCOURT, Caroline. O direito fundamental social à saúde na constituição de 1988: a garantia da dignidade da pessoa humana entre o poder judiciário e a ponderação de princípios. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 11, n. 3, p. 99-118, 2016.

ANGNES, Cláudia; BUFFON, Marciano; MORIGI, Valdir. Evolução do papel do estado na promoção dos direitos sociais. **Revista Destaques Acadêmicos – CCHJ/UNIVATES**, a. 3, n. 2, p. 59-73, 2011.

ARAÚJO, Kristiane; REPETTO, Maxim. A busca por saúde e a construção de itinerários Terapêuticos em terreiros de candomblé na Cidade de Boa Vista/RR. **Textos e Debates**, Boa Vista, v. 2, n. 30, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF**. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ac&docID=611723&pgl=226&pgF=230>. Acesso em: 1 out. 2024

BUCCI, Maria Paula. Estado Social: uma sistematização para pensar a reconstrução. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, 2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

DALLARI, Sueli G. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, 1987.

FEITOSA, João Vinícius. A Deusa Higeia: a saúde como símbolo feminino na Grécia Antiga. **Mythos - Revista de História Antiga e Medieval**, Imperatriz, a. 6, n. 2, p. 125-144, 2022.

FEITOSA, João Vinícius. Com as armas de Higeia: rituais de cura e o conhecimento médico das mulheres na Grécia Antiga. **Revista História em Curso**, Belo Horizonte, v. 5, n. 7, 2023.

GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**: Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MATSUI, Sussumo. O mito de Hygieia e a medicina dietética: adoração à saúde e ritos higiênicos. **Revista Estética Semiótica**, Brasília, v. 6, n. 2, 2016.

MENDES, Gilmar. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, a. 6, n. 2, jul.-dez. 2013.

ORSINI, Marco *et al.* Higia, filha de Asclépio, a deusa da Saúde. **Revista de Ciências Biológicas e da Saúde**, Niterói, p. 1-6, ago. 2022.

RABENHORST, Jorge. A dignidade humana: uma análise à luz do pensamento de Kant. **Revista do NUFEN**, Belém, v. 11, n. 3, 2019.

SARDENBERG, Ronaldo. **20 anos da Constituição de 1988**: as telecomunicações e o cidadão. Brasília: Senado Federal, 2008.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physis – Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, 2007.

SILVA JUNIOR, Nilson da. Segunda dimensão dos direitos fundamentais. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, 2010.

SILVA, Michelle. Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e a aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, 2016.

SILVA, Wilker Jeymisson Gomes da; SILVA, Williana Gomes da. O princípio da dignidade da pessoa humana na saúde pública brasileira. **Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário**, Brasília, v. 6, supl. 1, 2017.

