

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE DIREITO

v.19, n.1, 2021

ISSN: 1518-8167
e-ISSN: 2447-4290

Autores

Alexandre de Castro Catharina

André C. Fontes

Andreza Aparecida Franco Câmara

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Camilo Plaisant Carneiro

Cleyson de Moraes Mello

David Augusto Fernandes

Heron Abdon Souza

Nilton Rodrigues de Paixão Júnior

Priscila Elisa Alves Vasconcelos

Saulo Bichara Mendonça

Stela Tannure Leal de Vasconcelos



Revista Interdisciplinar de Direito
Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

v. 19, n. 1, 2021

Alexandre de Castro Catharina
André R.C. Fontes
Andreza Aparecida Franco Câmara
Camila Rabelo de Matos Silva Arruda
Camilo Plaisant Carneiro
Cleyson de Moraes Mello
David Augusto Fernandes
Heron Abdon Souza
Nilton Rodrigues da Paixão Júnior
Priscila Elisa Alves Vasconcelos
Saulo Bichara Mendonça
Stela Tannure Leal de Vasconcelos

Valença, RJ
2021

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. Antonio Carlos Dahbar Arbex

Reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Vice-Reitor do Centro Universitário de Valença (UNIFAA)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Coordenador do Curso de Direito

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo–UFRRJ–Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo–Murdoch University–Murdoch–Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PR)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo–UBA–Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (UNIFAA–Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo– UERJ– Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo–UFG–Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo–UFF–Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo–UEL–Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo–USP–São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Beloso Martín (Membro Externo–Univ. Burgos–Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo– UNESA– Riode Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo– UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo–Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza”–Roma–Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo–Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza”–Roma–Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo–Univ. Burgos–Buenos Aires–Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo–UFPB–Campus I– João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo–UERJ–Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito / Centro Universitário de Valença-
UNIFAA, Curso de Direito. – ano 1, n. 1. (maio 1998) -. – Valença-
RJ: Editora UNIFAA- Centro Universitário de Valença, 1998-.

Semestral

Endereço eletrônico: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV>

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença

ISSN: 1518-8167

e-ISSN: 2447-4290

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Centro Universitário de Valença.
Curso de Direito.

CDU: 34(81)(05)

Os editores e coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro Universitário de Valença (UNIFAA)
Endereço	Rua Sargento Vitor Hugo, 161 – Bairro Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	revistas.faa.edu.br/index.php/FDV
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (<i>online</i>)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários, LiVre/Revista de livre acesso, .periodicos.CAPES
Base de dados internacionais:	Latindex, Latin REV, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC World Cat, Academic Resource Index ResearchBib, MIAR – Universitat de Barcelona, BASE, Cite Factor – Academic Scientific Journals, JURN, Google Scholar.
Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.direito@faa.edu.br
E-mail alternativo	direito@faa.edu.br
Telefone	24-2453-0700

Autores

Alexandre de Castro Catharina

Doutor em Sociologia pelo IUPRJ/UCAM. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá. Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá Pesquisador Produtividade da Universidade Estácio de Sá, 2020-2021. Coordenador do Observatório de Cultura Jurídica Processual e Democratização do Processo, Campus Nova América, UNESA, RJ. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil – IAB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado.

André R. C. Fontes

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Doutor em Ciências Ambientais e Florestais pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ), Professor na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

Andreza Aparecida Franco Câmara

Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Adjunta no Departamento de Direito de Macaé (MDI), do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé (ICM) da UFF. Líder do Grupo de Pesquisa do Diretório do CNPq Observatório de Estudos e Pesquisa do Interior: Território, Populações Tradicionais e Políticas Públicas/UFF. Pesquisadora FAPERJ.

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda

Mestre e Doutora do PPGD/UVA. Professora da Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa reconhecido pela Universidade Veiga de Almeida no CNPq: Efetivação dos Direitos Fundamentais em suas diversas dimensões e do CONPEDI.

Camilo Plaisant Carneiro

Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Administrativo na Universidade Federal Fluminense, no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé.

Cleyson de Moraes Mello

Pós-Doutorado em Teoria do Direito no IHGB (2018); Doutor em Direito (2006); Coordenador do curso de Direito do UNIFAA; Professor Titular do UNIFAA; Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ; Professor do PPGD da UERJ e UVA. Membro do IAB.

David Augusto Fernandes

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Curso de Direito da UFF/ICM/MDI. Docente dos Cursos de Especialização em Gestão Pública, Gestão Pública Municipal e Gestão em Saúde Pública, na modalidade de Ensino à Distância, ofertadas pela Universidade Federal Fluminense através do Consórcio CEDERJ e da Universidade Aberta do Brasil (UAB). CV: <http://lattes.cnpq.br/8477467816197173>.

Heron Abdon Souza

Professor Adjunto de Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Nilton Rodrigues da Paixão Júnior

Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA; mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Licenciado em Filosofia pela Universidade Cruzeiro do Sul; Pesquisador do GGINNS – *Research Group on Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability*.

Priscila Elise Alves Vasconcelos

Estágio Pós Doutoral em Direito das Cidades (UERJ). Doutora em Direito (UVA RJ). Mestra em Agronegócios (UFGD). Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ), Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA). Pesquisadora GGINNS. Bolsista Prosup Capes UVA. Premiada na categoria Direito Urbanístico e Meio Ambiente do Prêmio Livros pela obra “Função Socioambiental das Cidades: o uso de energia renováveis e a cogeração advinda de resíduos sólidos” em 2020. Professora da FADIR UFGD. Advogada.

Saulo Bichara Mendonça

Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Doutor em Direito pela UVA, Mestre em Direito pela UGF. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense, no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé.

Stela Tannure Leal de Vasconcelos

Doutora (2019) e Mestre (2016) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UNIFAA). Professora do Curso de Direito da Faculdade Vértix Trirriense (UNIVÉRTIX). Advogada e consultora jurídica.

Sumário

Apresentação	09
Julgamento liminar e a duração razoável do processo: ponderação entre efetividade da atividade jurisdicional e celeridade processual	
Alexandre de Castro Catharina	11
Particularidades da tutela jurisdicional do direito à saúde	
André R. C. Fontes	29
Novo marco legal sobre regularização fundiária: novos conceitos, velhos dilemas	
Andreza Aparecida Franco Câmara	39
A necessidade de proteção das minorias decorrente da desigualdade social no Brasil	
Camila Rabelo de Matos Silva Arruda	54
O direito ao horário especial praticado por servidor público sob a ótica do princípio da eficiência	
Camilo Plaisant Carneiro, Saulo Bichara Mendonça	72
Direito a saúde e a dignidade da pessoa humana: acesso a medicamentos e a visão das farmacêuticas	
David Augusto Fernandes	92
A repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos de covid-19: cada um por si e todos contra o vírus	
Heron Abdon Souza	114
O teletrabalho nos tempos da velocidade e da aceleração	
Nilton Rodrigues da Paixão Júnior	134

Direitos humanos a luz da agenda 2030 e plano clima energia 2050: o uso das energias renováveis em prol do meio ambiente

Priscila Elise Alves Vasconcelos, Cleyson de Moraes Mello 154

Educação digital, proteção de dados pessoais e novos espaços de trabalho jurídico

Stela Tannure Leal de Vasconcelos 166

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a nova edição da Revista Interdisciplinar de Direito. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 30 de junho de 2021.

Antônio Carlos Dahbar Arbex

Presidente da Fundação Educacional Dom André Arcoverde

Julgamento liminar e a duração razoável do processo: ponderação entre efetividade da atividade jurisdicional e celeridade processual¹

Alexandre de Castro Catharina²

Resumo

O Código de Processo Civil de 2015 aprofundou as técnicas de julgamento liminar e ampliou as hipóteses de aplicabilidade em diversas circunstâncias. Essas inovações normativas têm como principal escopo assegurar o julgamento célere das causas que não demandem maiores dilações probatórias ou mesmo as demandas seriais, observando, sempre, os precedentes judiciais das Cortes superiores. É verdade que o julgamento antecipado contribui diretamente para dar maior celeridade à atividade jurisdicional e, como consequência, assegurar a plena eficácia da administração da justiça. Entretanto, importa compreender em que medida essa celeridade contribui para efetividade da atividade judicante. A proposta deste trabalho, portanto, tem como escopo refletir sobre a necessária ponderação entre efetividade do processo, sua duração razoável e a celeridade processual no âmbito do julgamento liminar. Para tanto, utilizamos o método de pesquisa bibliográfico, com o escopo de levantar o estado da arte sobre o tema.

Palavras-chave: Julgamento liminar. Duração razoável do processo. Efetividade da tutela jurisdicional.

Liminar judgment and the reasonable duration of the process: weighting between the effectiveness of jurisdictional activity and procedural celery

Abstract

The Code of Civil Procedure of 2015 deepened the techniques of preliminary injunction in several circumstances. These normative innovations have as main scope to assure the rapid judgment of the causes that do not demand further proof delays or even the serial demands. Certainly, early judgment directly contributes to speeding up jurisdictional activity and, as a consequence, efficiency in the administration of justice. However, it is important to understand

¹ O artigo trata dos resultados parciais da pesquisa realizada com o apoio do Programa de Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá, 2019-2020.

² Doutor em Sociologia pelo IUPRJ/UCAM. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estácio de Sá. Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá Pesquisador Produtividade da Universidade Estácio de Sá, 2020-2021. Coordenador do Observatório de Cultura Jurídica Processual e Democratização do Processo, Campus Nova América, UNESA, RJ. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil – IAB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Advogado.

to what extent this celerity contributes to the effectiveness of the judging activity. The purpose of this work is to reflect on the necessary balance between the effectiveness of the process, its reasonable duration and the speed of process. To do so, we used the method of bibliographic research, with the purpose of raising the state of art on the subject.

Keywords: Preliminary trial. Reasonable duration of the proceedings. Effectiveness of judicial protection.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de incidência de julgamento liminar com o objetivo de aperfeiçoar a prestação da tutela jurisdicional mediante a vinculação do juízo de primeiro grau aos precedentes judiciais dos tribunais superiores. Pretendeu-se, portanto, evitar decisões díspares sobre demandas idênticas, por um lado, e, por outro, evitar perda de tempo e energia com ações judiciais cujo desfecho é previsível em razão do entendimento pacificado dos tribunais.

Embora o julgamento liminar tenha amparo na literatura processual contemporânea, nacional e estrangeira, certo é que sua aplicação inadequada ou indevida pode comprometer o amplo acesso à justiça e o devido processo legal, princípios basilares do direito constitucional processual, que foram incorporados no novo código como normas fundamentais do processo civil (arts. 3º e 7º). É neste contexto que se faz necessário maior controle na aplicação do julgamento liminar disposto no art. 332 do CPC.

Diante disto, a proposta deste trabalho é, num primeiro momento, traçar o desenvolvimento normativo do julgamento liminar na processualística brasileira e, num segundo momento, refletir sobre a contribuição do instituto para a efetividade do processo, seus principais desafios, do ponto de vista prático judiciária, e, por fim, as formas de controle em sua aplicação no âmbito do primeiro grau de jurisdição. Essa linha de reflexão será o fio condutor da perspectiva teórica que será abordada no texto.

A implementação de um instituto do direito processual, sobretudo quando se pretende como essencial para o aprimoramento da atividade jurisdicional, não deve prescindir de uma análise crítica, do ponto de vista conceitual e normativo, e, principalmente, sobre impacto da aplicação deste instituto na cultura jurídica processual que se pretende transformar. É neste contexto que este trabalho se insere.

Para abordar, de forma satisfatória, os objetivos mencionados acima, o artigo se desdobra em três partes. Na primeira parte será traçado um breve panorâmico histórico, com intuito de reconstruir, a partir das reformas legislativas, as etapas através das quais a técnica de julgamento liminar se consolidou no ordenamento processual brasileiro. Num segundo momento do artigo, serão abordadas as hipóteses de improcedência liminar do pedido retratadas no Código de Processo Civil.

Na terceira e última parte do trabalho se defenderá a hipótese central da pesquisa, no sentido de que a técnica de julgamento liminar deve ser manuseada informada pelas normas fundamentais do processo civil, em especial pelos princípios do contraditório, da cooperação, da duração razoável do processo e, por fim, da primazia do mérito. Pretende-se, por fim, ressaltar que a teoria da decisão judicial, que conforma o Código de Processo Civil de 2015, não pode prescindir de um contraditório eficaz e substancial.

A metodologia que consubstancia a pesquisa é o levantamento bibliográfico, com a finalidade de levantar o estado da arte sobre o tema na literatura processual brasileira, de modo a nos possibilitar compreender como esta técnica de aceleração do processo foi assimilada pela doutrina especializada. A partir do levantamento bibliográfico levado efeito, pretende-se estabelecer os conceitos que informam esta técnica de julgamento liminar com a finalidade de viabilizar, em outro trabalho, pesquisas empíricas necessárias para apreensão dos impactos da improcedência liminar impactou em nossa cultura jurídica processual.

2 JULGAMENTO LIMINAR NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A proposta de julgamento liminar com base em decisões paradigmáticas não é nova em nosso ordenamento processual. A crise do Judiciário, caracterizada pelo número excessivo de processos³, ensejou diversas reformas processuais no período de vigência do Código de Processo Civil de 1973.

A Lei nº 9.756/1998 deu nova redação ao art. 557 do código revogado, atribuindo poderes ao relator, no âmbito da competência dos tribunais, para negar seguimento ao recurso manifestamente improcedente ou que contrariasse a jurisprudência dominante do respectivo tribunal. Por outro lado, o art. 557, §1º, também com redação dada pela Lei nº 9.576/1998, autorizava o relator, em decisão monocrática, dar provimento ao recurso nos casos em que a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com as súmulas ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou dos demais tribunais superiores.

A Emenda Constitucional nº45, por sua vez, promoveu profunda reforma em nosso ordenamento jurídico, dentre as quais podemos destacar a instituição da súmula vinculante, como também a instauração do modelo de julgamento por meio de processo piloto no âmbito do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 11.418/2006) e do Superior Tribunal de Justiça (Lei nº 11.672/2008). Trata-se, aqui, da implementação, mesmo que de forma embrionária, dos provimentos judiciais vinculativos.

³ O alto índice de processos permanece mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 2015. Segundo os dados do CNJ, publicados no Justiça em números 2018, a cada grupo de 100.000 habitantes 12.519 ingressaram com uma ação judicial em 2017. O número de ações judiciais é alto e exige técnicas processuais efetivas para serem julgadas de forma adequada e num tempo razoável. Dados disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>, acesso em 20 junho 2019.

Em 2006, novas reformas processuais foram implantadas visando dar maior racionalidade à atividade judicial. A Lei nº 1.276/2006 alterou a redação do art. 518 para incluir o parágrafo 1º, que autorizava ao juiz de primeira instância a inadmitir a apelação quando a decisão recorrida estiver em conformidade com as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, a Lei nº 11.277/2006 incluiu o art. 285-A, no código revogado, que permitia ao juiz de primeiro grau julgar liminarmente a demanda quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houvesse questão idêntica decidida. Nestes casos o juiz estava autorizada a proferir sentença de mérito antes mesmo da citação do réu⁴. A denominada sentença liminar disposta no art. 285-A do código revogado é, em verdade, o embrião do julgamento liminar disposto no art. 332 do Código de Processo Civil de 2015.

A técnica de improcedência liminar do art. 332 mantém, em certa medida, a proposta de julgamento liminar, antes da citação do réu, nos casos de manifesta improcedência, mas exclui a possibilidade de utilizar como fundamento para tanto as decisões proferidas pelo próprio juízo, como ocorria no regime anterior. Segundo José Miguel Medina (2015), para proferir sentença de improcedência liminar o juiz passa a ter como referencial a produção jurisprudencial dos tribunais e não mais aquilo que ele mesmo proferia em outros casos.

No que tange aos requisitos exigidos pelo código, a improcedência liminar será cabível nas causas que dispensem a fase instrutório e que estejam tramitando tanto no primeiro grau de jurisdição como também no âmbito da competência originária dos tribunais. Além dos requisitos genéricos, o código tipifica 05 (cinco) hipóteses de incidência da improcedência liminar que serão analisadas em suas particularidades nas próximas linhas.

3 HIPÓTESES DE JULGAMENTO LIMINAR NO CPC/2015

A exposição de motivos do Código de Processo Civil⁵ é contundente ao afirmar que se privilegiou a celeridade do processo, pois desconsiderar este princípio significa, em certo aspecto, corresponde à ausência de justiça. É neste contexto que a improcedência liminar constitui técnica de aceleração do processo fundante do ordenamento jurídico. Partindo desta enunciação, o código ampliou as hipóteses de incidência de julgamento liminar com a intenção de compatibilizá-las com os provimentos jurisdicionais vinculantes elencados no art. 927.

⁴ Todas as reformas processuais ocorridas na vigência do código revogado tinha fio condutor racionalizar a atividade jurisdicional mediante a redução do volume de demandas idênticas e da quantidade de recursos interpostos contra decisões proferidas em alinhamento com o entendimento dos tribunais superiores.

⁵ A exposição de motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elaborada pela Comissão de Juristas, que tramitou no Senado Federal sob o nº 379/2009, foi incorporada ao Código de Processo Civil publicado pela Editora do Senado, disponível em https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/517855/CPC_9ed_2016.pdf?sequence=3. Acesso em 21 junho 2019.

Com efeito, art. 332 dispõe que, nos casos em que seja dispensável a fase instrutória, o juiz poderá julgar liminarmente o mérito, independente de citação do réu, nos casos em que o pedido do autor contrariar a) enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. Admite-se, ainda, o julgamento liminar nos casos em que o juiz verificar, desde logo, que ocorreu a prescrição e decadência (art. 332, §1º).

Antes mesmo de aprofundar a análise acerca dos impactos do julgamento liminar no processo civil brasileiro se faz necessário compreender, em maiores detalhes, as hipóteses de cabimento elencadas no art. 332 do CPC.

3.1 Julgamento liminar com fundamento em súmulas do STF e do STJ

A primeira hipótese refere-se à possibilidade de julgamento liminar quando o pedido do autor contrariar súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O julgamento liminar com fundamento nesta hipótese pode ser problemático se não for aplicado de forma criteriosa e atenta. Súmula não é precedente. É, em verdade, um verbete que retrata determinada tese jurídica, formada a partir substratos de importantes julgados, cujo principal escopo é facilitar a administração da justiça prestada pelos tribunais⁶. Exatamente por esta razão que não consta no verbete, de forma explícita, os fundamentos determinantes que ensejaram a sua edição.

Essa limitação argumentativa impede a compreensão exata da extensão de uma determinada súmula. Em outro prisma, não há como vislumbrar, num primeiro momento, se o pedido do autor, alicerçado em ampla análise dos fatos da causa, se adequa a um verbete de uma súmula sem a análise criteriosa dos julgados que foram essenciais para sua edição.

Por essas razões, se mostra preocupante, no mínimo, a aplicação do art. 332, I, do CPC. Não obstante, o código elevou as súmulas, em geral, à condição de provimento judicial vinculativo. Pode-se, afirmar, em uma interpretação literal do referido dispositivo legal, que as súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça possui força vinculativa em grau máximo para os órgãos de primeiro grau de jurisdição. A própria literalidade do dispositivo ao dizer que o juiz “julgará”, comando impositivo, portanto, reforça esta interpretação.

A adequada aplicação desta hipótese de julgamento liminar exige uma cuidadosa distinção (*distinguishing*) por parte do juiz e das partes para evitar equívocos e arbitrariedades.

⁶ Para Juraci Mourão (2014, p. 125) súmula constitui um ato administrativo do tribunal por meio da qual exprime o resumo do entendimento contido em uma jurisprudência dominante.

Um exemplo pode nos ajudar a compreender melhor os riscos da aplicação inadequada do instituto. O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 302, cujo verbete possui a seguinte redação: *É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.*

Ressalta-se que o verbete não faz distinção entre as modalidades de plano de saúde, podendo incidir tanto nos conflitos de interesses entre consumidores e os planos de saúde hospitalar, que contemplam internações, como também nos conflitos que envolvem práticas abusivas dos planos ambulatoriais, que em regra não cobrem internações além do período fixado em contrato. Há, porquanto, tutelas provisórias deferidas no Poder Judiciário, sobretudo nos plantões, tendo como fundamento o referido verbete⁷.

Conquanto, a Terceira Turma do próprio Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1764859/RS, julgado em 06/11/2018, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, decidiu que a súmula 302 aplica-se somente ao segmento hospitalar, excluindo de sua incidência o segmento ambulatorial. A decisão proferida no julgamento de um recurso excepcional reduziu o alcance de uma súmula, o que condiciona sua aplicação, em casos de julgamento liminar, a um determinado segmento hospitalar.

O exemplo acima evidencia que o julgamento liminar fundamentado em súmula dos tribunais superiores mencionados exige um cotejo analítico cuidadoso, do julgador de primeiro grau, para evitar improcedência liminar de forma inadequada⁸. Não há como pensar no julgamento liminar como forma de racionalização, ou mesmo de padronização, da atividade judicial. Se assim for feito, haverá avanço substancial na celeridade da prestação jurisdicional em detrimento do acesso qualificado à ordem jurídica justa.

Se faz necessário, com efeito, uma reformulação da prática jurídica desde a elaboração da petição inicial até o seu despacho de admissão, ou indeferimento, com escopo no cotejo analítico dos fatos debatidos nos autos e das súmulas que eventualmente poderão ser aplicadas nos termos do art. 332, I, do CPC.

3.2 Julgamento liminar com fundamento em acórdãos do STF e recursos repetitivos do STJ

⁷ No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro há diversos julgados em que a aplicação da referida súmula foi utilizada para deferimento da medida. O julgamento do Agravo de Instrumento nº 0010983-92.2019.8.19.0000 se constitui como um dado empírico importante, dentre outros, neste sentido.

⁸ No mesmo sentido, José Miguel Medina (2015, p. 530) explicita sua reflexão sobre o tema afirmando que um enunciado sumular ambíguo, incapaz de revelar, com precisão, o sentido como um texto legal foi compreendido, ou a conclusão de um julgamento de caso repetitivo que não corresponda aos fundamentos adotados pelos ministros em votos concordantes, ou ainda, o resultado do julgamento de caso repetitivo baseado com exclusividade em fundamentos diferentes (ainda que conduzam a uma mesma conclusão), não têm aptidão para guiar a interpretação que os juízes farão no caso concreto. Nestes casos Medina propõe que não se aplique o julgamento liminar ou que somente o faça após a citação. A proposta do autor, portanto, se alinha, em alguma medida, com a hipótese central deste trabalho.

O art. 332, II, do CPC admite julgamento liminar quando o pedido do autor contrariar acórdãos do Supremo Tribunal Federal ou decisão proferida em julgamento de recursos repetitivos. A hipótese é, no mínimo, intrigante.

O art. 927 do código, cuja pretensão é estabelecer um rol de decisões com força vinculante⁹, dispõe que os juízes e tribunais deverão observar acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal proferidos em controle concentrado de constitucionalidade. O dispositivo legal mencionado não contempla acórdãos proferidos pelo Corte no âmbito de sua competência recursal. A interpretação sistemática sugere, numa primeira leitura, que o código admite, para efeito de julgamento liminar, que todos os acórdãos proferidos pelo STF possuem força vinculante.

Entretanto, há necessidade de se buscar uma adequação hermenêutica entre as duas normas. A aplicação inadequada do julgamento liminar poderá ocasionar a violação do princípio do amplo acesso à justiça¹⁰, disposto no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Por essa razão, não é crível que o código atribuiu maior espectro ao julgamento liminar do que a própria estabilidade, integridade (DWORKIN, 2010) e uniformização da jurisprudência proposto pelo arts. 926 e 927.

Essa reflexão se faz necessária e premente, pois não são raros os casos de contradição entre os acórdãos proferidos pelos órgãos fracionários do STF e até mesmo entre decisões proferidas pelo Plenário da Corte. Há inúmeros exemplos neste sentido. Por esses motivos, o art. 332, II, deve ser interpretado em conjunto com o art. 927, I, do CPC, limitando-se a vinculação dos juízes de primeiro grau aos precedentes judiciais que foram formados sob o crivo do consistente debate público¹¹ e da ampla participação dos segmentos da sociedade que serão afetados pela decisão (CATHARINA, 2015).

Em relação às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça o código limitou o julgamento liminar aos acórdãos resultantes dos julgamentos de recursos repetitivos. Ocorre, aqui, uma importante distinção. Somente se admite, para efeitos de julgamento liminar, as decisões paradigmas do STJ em recursos repetitivos, não se admitindo a sentença de mérito sumária com fundamento em acórdãos proferidas na competência recursal comum.

As decisões paradigmáticas proferidas em julgamento de recursos repetitivos pressupõe, pelo menos em tese, intensa democratização do processo na formação da decisão judicial, sobretudo com a atuação dos *amici curiae*, o que lhes confere maior segurança e legitimidade. Por essas razões sua aplicação não enseja maiores complicações pragmáticas.

⁹ Para melhor compreender a competência dos tribunais para edição de precedentes ver MARINONI (2017). Para compreender os conceitos essenciais da estrutura dos precedentes judiciais e distinção entre os provimentos judiciais vinculativos ver MITIDIERO (2017).

¹⁰ Adota-se aqui o conceito coexistencial de acesso à justiça proposto pelo Cappelletti e Garth (1999)

¹¹ Os precedentes judiciais formados a partir do julgamentos da ADPF nº 186, do ADO nº 26 e MI nº 4733, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são emblemáticos neste sentido.

3.3 Julgamento liminar com fundamento em teses jurídicas fixadas em incidentes de resolução de demandas repetitivas e em assunção de competência

O julgamento com fundamento no art. 332, III, do CPC está alinhado, do ponto de vista hermenêutico, com o padrão decisório estabelecido pelo art. 926 do código. É evidente a necessidade de se estabilizar e harmonizar a jurisprudência nas demandas seriais, sobretudo para evitar violações aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

A extensão da tese jurídica fixada no julgamento do incidente de demandas repetitivas depende do tribunal competente para apreciá-lo (art. 976). Se o incidente for julgado por um determinado tribunal de justiça, a eficácia vinculante se restringirá aos limites da competência do respectivo tribunal. Não obstante, se houver interposição de recursos excepcionais contra a tese fixada pelo tribunal local, a extensão da tese jurídica alcançará todo território nacional, como ocorre nos incidentes julgados pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, admitir processamento de determinada demanda contrária a tese jurídica corresponde à negação da integridade (DWORKIN, 2010) do direito proposta no art. 926 do CPC. Considerando essa premissa, o julgamento liminar com fundamento no art. 332, III, constitui importante instrumento de estabilização vertical dos provimentos judiciais proferidos pelos tribunais.

O mesmo raciocínio se aplica às decisões proferidas no julgamento de incidente de assunção de competência (art.947). O objetivo do incidente é a formação de jurisprudência uniformizadora, no âmbito dos tribunais, sempre que a causa envolver relevante questão de direito ou grande repercussão social. O principal fundamento jurídico para a instauração do incidente não é multiplicidade de processo idênticos, ao contrário do que ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas. O fundamento é, portanto, qualitativo e tem como propósito prevenir controvérsias sobre temas relevantes através da denominada jurisprudência uniformizadora (MITIDIERO, 2017).

Rejeitar, liminarmente, pedidos que contrarie decisão proferida em julgamento de assunção de competência constitui técnica processual adequada para evitar divergência jurisprudencial descabida acerca de temas jurídicos relevantes. A improcedência liminar do pedido, nessas hipóteses, é imperiosa.

3.4 Julgamento liminar com fundamento em súmulas dos tribunais de justiça sobre direito local

Permitir o julgamento liminar com objetivo de preservar as súmulas dos tribunais sobre direito local é medida necessária para se manter a estabilidade da jurisprudência no âmbito

regional. A atuação judicante dos tribunais é essencial para se manter a segurança jurídica e isonomia no julgamento de controvérsias sobre direito local, especialmente, num país continental como o Brasil, onde os estados possuem intensa atividade legislativa.

Nesta toada, as súmulas sobre direito local constitui importante orientação sobre aplicação do direito local. Com efeito, admitir pedidos contrários às súmulas sobre direito local contribui para fragilizar a uniformização da jurisprudência no contexto dos Estados federados.

Há, todavia, duas advertências a se fazer. A improcedência liminar do pedido com fundamento em súmula de tribunal local não pode prescindir do prévio *distinguishing*. Tal advertência tem como justificativa os mesmos argumentos dispendidos na análise da improcedência liminar com base em súmulas do STF e do STJ.

A segunda advertência diz respeito à contradição entre as súmulas de determinado tribunal local com as súmulas dos tribunais superiores. Neste caso não será cabível a aplicação do art. 332, IV, do CPC. O argumento é simples. O código pressupõe uniformização vertical dos precedentes judiciais editados pelos tribunais superiores. Tal proposta normativa exige sincronia entre as súmulas dos tribunais locais e as editadas pelos tribunais superiores.

3.5 Julgamento liminar com fundamento no reconhecimento da prescrição e decadência

A improcedência liminar do pedido nos casos de reconhecimento de prescrição e decadência não foi criada pelo Código de Processo Civil de 2015. O código revogado já dispunha sobre a possibilidade de indeferimento da petição inicial (art. 295, IV) nas hipóteses de prescrição e decadência. A mesma crítica, que foi elaborada por parcela da doutrina ao dispositivo mencionado acima, se aplica ao art. 332, §1º do código vigente.

O reconhecimento da prescrição e decadência necessita da análise acurada das circunstâncias de fato para aferição correta sobre sua ocorrência ou não¹². Por essa razão que não há como se reconhecer a prescrição ou decadência sem o exercício de um contraditório prévio. Este entendimento se coaduna coma regra do art. 10 do Código de Processo Civil. Mesmo nos casos de matéria de ordem pública, como prescrição e decadência, o juiz deverá ouvir as partes antes de decidir.

Não há como reconhecer a prescrição ou decadência sem permitir ao autor da demanda, antes de se proferir sentença, se manifestar de forma consistente sobre a ocorrência ou não da causa extintiva de seu direito. A interpretação sistemática do código sugere esta

¹² Diante da importância do tema o Superior Tribunal de Justiça editou em 17/06/2019 03 novas súmulas (633,634 e 635) sobre prescrição e decadência no direito administrativo, objetivando minimizar dúvidas no âmbito da administração pública.

compreensão¹³.

Por outro lado, é preciso destacar que há, da mesma forma, óbices normativos, conforme bem aponta a literatura processual. Fredie Didier (2015, p. 604) destaca que há incompatibilidades entre o art. 332, §1º, do Código de Processo Civil e o art. 191 do Código Civil, que admite a renúncia, expressa ou tácita, da prescrição pelo parte interessada. A partir desta linha de reflexão o autor sugere que o reconhecimento de ofício da prescrição somente será cabível nas demandas que trate de direitos indisponíveis, sendo inadmissível quando se tratar de direitos disponíveis ou nos casos em que desfavoreça os sujeitos protegidos constitucionalmente (consumidor, índio, idoso e trabalhador). Essas peculiaridades concernentes ao reconhecimento da prescrição e da decadência dificultam sua apreciação em julgamento liminar.

4 JULGAMENTO LIMINAR E A PODENDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: APLICABILIDADE E CONTROLE

Barbosa Moreira (2004), em texto clássico, destacou que um dos principais mitos da justiça é a celeridade. No entanto, a busca pela celeridade, enquanto ideal, não pode ofuscar ou mesmo anular o resultado útil do processo, sobretudo diante do modelo de processo proposto pelo CPC/2015, que visa a solução integral do mérito (art.4º).

Não há dúvidas no sentido de que o julgamento liminar contribuirá para a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Em outra perspectiva, o julgamento liminar favorece a administração da justiça em, pelo menos, duas linhas de atuação, que são distintas mas que se complementam. A primeira concerne ao julgamento célere e isonômico das demandas repetitivas. O volume de ações repetitivas em áreas específicas como direito do consumidor, direito previdenciário ou mesmo direito tributário, exige tratamento célere e isonômico, reduzindo a insegurança jurídica que é inerente às demandas de massa.

A segunda linha de atuação relaciona-se com o fortalecimento de precedentes judiciais proposto pelo novo modelo de processo. O art. 332 deve ser interpretado em conjunto com o art. 927 do código. O fortalecimento da dinâmica dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro passa, necessariamente, pela interpretação teleológica e sistemática de diversos dispositivos legais. Sem este exercício hermenêutico não há como se pensar num sistema de precedentes judiciais no sentido concebido pela exposição de motivos do código, redigida pela comissão de juristas que elaborou o anteprojeto.

Numa outra dimensão, não se pode analisar o julgamento liminar somente pela

¹³ A aplicação da Súmula 229 do Superior Tribunal de Justiça enseja algumas divergências. O verbete possui a seguinte redação: *O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.* O termo ciência da decisão, em alguns casos, pode exigir análise pormenorizada em cada caso de modo a evitar aplicação indevida sobre o reconhecimento da prescrição. A decisão proferida na Apelação nº 0287733-56.2016.8.19.0001, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro representa uma evidência importante neste sentido.

perspectiva da administração da justiça. Se faz premente compreender o julgamento liminar sob a ótica do acesso à justiça, em sentido substancial¹⁴, e da efetividade do processo. A finalidade primária da tutela jurisdicional é produzir resultados práticos na vida dos jurisdicionados. Para tanto há que se conciliar celeridade com a adequada prestação da tutela jurisdicional.

Nesta linha de análise é essencial extrair do art.332 do CPC uma interpretação que esteja alinhada com o direito constitucional processual e seus princípios. Porquanto, visa-se, nesta etapa do trabalho, apresentar algumas propostas hermenêuticas a partir de uma perspectiva holística do Código de Processo Civil de modo a se alcançar a adequada aplicabilidade das regras referentes ao julgamento liminar, como também estabelecer limites e as formas de controle de eventuais arbitrariedades.

4.1 Da necessidade do contraditório prévio e da aplicação do princípio da cooperação nos casos de incidência do julgamento liminar

O julgamento liminar, nos termos do art. 332, dispensa o contraditório prévio¹⁵. A dispensa é compreensível na medida em que decisão será proferida em favor do réu, que obterá êxito na demanda sem ter a necessidade de apresentar defesa, em princípio¹⁶. Todavia, há que se aplicar aqui o conceito amplo de contraditório.

Contraditório, em sentido *lato*, não se limita à contraposição de argumentos ou manifestação sobre requerimentos da parte contrária. Possui um significado mais profundo que se caracteriza pela possibilidade das partes influenciar na formação da decisão judicial a ser proferida. Partindo desta premissa, há hipóteses em que o contraditório prévio¹⁷ é fundamental para dar maior segurança jurídica na utilização da técnica de julgamento liminar.

A improcedência liminar do pedido com fundamento no art. 332, I, exige cuidados do julgador em razão da limitação argumentativa das súmulas. Não há possibilidade de um verbete contemplar a extensão dos fatos debatidos em uma demanda. Há também os riscos de superação ou mesmo limitação do verbete. De outro modo, não são raros os casos em que as súmulas são

¹⁴ Acesso à justiça, numa perspectiva substancial, significa não só acesso ao Poder Judiciário mas, essencialmente, assegurar a efetiva análise da pretensão do autor deduzida em juízo num tempo razoável. A solução integral do mérito, enquanto norma fundamental insculpida no art. 4º do CPC, retrata essa proposta conceitual. Não basta acessar o Poder Judiciário, enquanto instituição, mas se faz primordial sair em tempo hábil e com sua pretensão devidamente apreciada pelo Judiciário. Importante ressaltar que Kazuo Watanabe, processualista paulista, foi o principal articulador desta perspectiva de análise na literatura processual brasileira.

¹⁵ O art. 332, §2º admite a interposição de recurso de apelação contra sentença liminar proferida. Entretanto, a possibilidade de recorrer não constitui exercício do contraditório, pois não oportunizou à parte prejudicada influir na formação da decisão.

¹⁶ Fredie Didier Jr (2015, p. 593) é categórico ao afirmar que a improcedência liminar se constitui como uma técnica de aceleração do processo e é cabível nas situações de manifesta improcedência do pedido. Segundo Didier não há necessidade de ouvir o demandado pois este sairá vitorioso.

¹⁷ Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero o autor poderá se manifestar, para fazer o *distinguishing*, por meio de recurso de apelação, o que permitirá ao juiz exercer o juízo de retratação. Neste caso o contraditório será posterior à improcedência liminar, o que impedirá o próprio exercício da cooperação antes da formação da decisão de mérito (2015, p. 169).

utilizadas de forma equivocada por tratar de questão de fundo diversa do caso *sub judice*.

Por essas razões, a improcedência liminar, com fundamento em súmulas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, deve ser operada com a participação, no mínimo, da parte autora. A medida é salutar, pois o cotejo analítico ou mesmo o *distinguishing* será feito pelo juiz e com a participação da parte que será afetada diretamente por eventual improcedência liminar.

É evidente que se faz necessário analisar em profundidade, empiricamente, qual o impacto da técnica de julgamento liminar no contexto dos tribunais brasileiros, mas há evidências no sentido de que o contraditório prévio contribui para o aprimoramento da atividade judicante neste particular. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁸, em acórdão interessante, reformou decisão que aplicou de forma indevida a improcedência liminar.

Isto porque, apesar de a jurisprudência do STJ, no verbete de súmula nº 382, ter sedimentado que “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade”, por ocasião da análise do Recurso Repetitivo n. 1.112.879/PR, em acórdão da lavra da Min. NANCY ANDRIGHI, firmou-se a tese, na Corte Superior, de que “o juiz deve limitar os juros à média de mercado nas operações da espécie, divulgada pelo Bacen, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o cliente”.

Como se nota, o caso concreto não comporta o julgamento liminar de improcedência, disciplinado pelo art. 332 do CPC/2015, uma vez que o pedido inicial não contraria entendimento pacífico dos Tribunais e a ação necessita de instrução processual, considerando que o ponto nodal da questão não é o fato de a taxa de juros estar ou não expressa no contrato, mas sim o seu percentual em relação à média de mercado.

O julgado acima destacado demonstra a necessidade de se realizar o *distinguishing* nos casos em que se aplicará a regra do art. 332, I, do CPC. Um verbete de súmula, por si só, não permite o adequado julgamento da causa. É imprescindível ponderar sobre os julgados que ensejaram a edição da súmula. O contraditório prévio permitirá, a um só tempo, o aprimoramento do método de julgamento com base em precedentes judiciais como também evitará o excesso de trabalho, desnecessário, dos respectivos tribunais na revisão de julgamentos liminares eivados de nulidade¹⁹. A mesma linha de análise se estende ao julgamento liminar com fulcro em acórdãos do Supremo Tribunal Federal (art. 332, II).

Numa outra dimensão, o princípio da colaboração é o vetor estruturante e axiológico da relação processual estabelecida entre as partes e o juiz, conforme dispõe o art. 6º do CPC. A importância deste princípio como estruturante da relação jurídica processual se evidencia em

¹⁸ Apelação Cível nº 0079802-15.2018.8.19.0001, Décima Sétima Câmara Cível, Relator Des. Marcia Ferreira Alvarenga, Julgado em 06/02/2019. Acesso em 17 junho 2019.

¹⁹ Proposta similar foi apresentada por Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Quinaud (2015, p. 363). Os autores defendem, em poucas linhas, a necessidade de abertura de prazo para manifestar do autor de modo lhe permitir realizar o *distinguishing*.

diversas regras do código. A mais importante diz respeito à vedação às decisões surpresas, nos termos dos arts. 9º e 10.

A assertiva através da qual se impede o julgador de proferir decisões sem a prévia oitiva das partes, mesmo nos casos que envolva matéria de ordem pública, expressa de forma nítida, o modelo dialógico proposto pelo novo ordenamento processual. O princípio da cooperação também informa a técnica de julgamento liminar, principalmente nos casos que envolver reconhecimento de prescrição e decadência.

Os fenômenos da prescrição e decadência perpassam tanto as relações jurídicas de direito privado como as de direito público, ao passo que representam importante parcela dos recursos julgados pelos tribunais de justiça, principalmente no âmbito do direito tributário. O reconhecimento judicial desta causa extintiva do direito do demandante, em muitos casos, requer análise pormenorizada dos fatos, pois mesmo um pequeno equívoco pode fulminar o direito deduzido em juízo. Este é entendimento é majoritário na literatura processual (DIDIER, 2015; MEDINA, 2015; THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA e PERDRON, 2015).

4.2 Da aplicação dos princípios da duração razoável do processo e da primazia do mérito

Os princípios da duração razoável do processo e da primazia da decisão de mérito estão dispostos no art. 4º do Código de Processo Civil. Embora o princípio da duração razoável do processo esteja previsto no texto constitucional (art.5º, LXXVIII), o código reproduziu o referido princípio com o intento de não deixar dúvidas acerca da constitucionalização do processo e da sua irradiação para todos os atos processuais.

Por sua vez, o princípio da primazia do mérito²⁰ dialoga com o princípio da duração razoável do processo na medida em que é essencial alinhar celeridade com apreciação justa e adequada do mérito da causa. Nesta linha de análise, a técnica de julgamento liminar contribuirá de forma decisiva para o aprimoramento da tutela jurisdicional no âmbito das demandas seriais, se aplicada da forma proposta neste trabalho, observando, em questões cruciais como foi apontado acima, o contraditório prévio e o modelo cooperativo de processo.

Kazuo Watanabe (2012) ratifica que a cognição, seja ela sumária ou exauriente, não pode descurar dos corolários do conceito de devido processo legal tais como o contraditório, economia processual, publicidade dos atos, entre outros. E é no procedimento que o Estado consegue articular estes princípios de modo a obter tutela jurisdicional que atenda, ao mesmo tempo, às exigências da pretensão deduzida em juízo, à urgência da tutela, à definição da solução de mérito, entre outros aspectos, além das opções técnicas e políticas do legislador.

É possível, com este aporte teórico, conciliar técnicas de aceleração do processo, como

²⁰ Expressão utilizada por Fredie Didier (2015).

a improcedência liminar, sem negligenciar as normas fundamentais do direito processual civil. Contribuir para esta reflexão é a intenção primeira deste trabalho.

4.3 Por uma teoria conglobante da decisão judicial

O exercício reflexivo levado a efeito nas linhas acima sugerem a necessidade de se aprimorar a teoria da decisão judicial no processo civil brasileiro. O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao fortalecer, do ponto de vista normativo, diversas técnicas de aceleração do processo. Contudo, essas inovações demandam uma nova concepção teórica abrangente que articule a participação democrática dos sujeitos processuais, o devido processo legal e o modelo cooperativo de processo mediados pelas normas fundamentais do processo civil.

Técnicas processuais como tutela provisória antecedente (art. 303) e sua estabilização, improcedência liminar (art. 332) e julgamento parcial do mérito (art. 356), apenas para exemplificar, são importantes para assegurar o julgamento da causa num tempo razoável, mas exigem, portanto, uma reconstrução da teoria da decisão que foi estruturada no período de vigência do código revogado.

Rafael Lazzarotto (2017) é categórico ao afirmar que as diversas teorias da decisão que foram elaboradas ao longo dos anos tiveram em comum a preocupação com a segurança e a legitimidade. Para este autor as teorias pragmatista, hermenêuticas, sistêmicas, substancialistas, pragmatista, entre outras, a despeito de suas singularidades foram concebidas para superar as dificuldades decorrentes da insegurança ou mesmo para dar maior legitimidade à decisão judicial proferida. Entretanto, essas teorias foram concebidas, em maior ou menor grau, inserindo o juiz como epicentro na construção da decisão judicial.

O Código de Processo Civil, neste contexto, provocou uma verdade crise de paradigmas, no sentido proposto por Kuhn (2017), no campo da teoria da decisão judicial. É preciso reconstruí-la a partir de um novo escopo. Uma teoria da decisão judicial que contemple dimensões democratizantes do processo decisório (CATHARINA, 2015) é fundamental para que técnicas de aceleração do processo, como a improcedência liminar, assegurem a duração razoável do processo sem descuidar do amplo acesso à justiça. A teoria procedimentalista discursiva de Habermas (2003), neste contexto, contribui, de forma efetiva, para articular as técnicas de aceleração do processo e com o modelo dialógico, democrático e cooperativo proposto pelo código.

Não se concebe, no processo civil brasileiro, decisão judicial proferida de forma solipsista, ainda que fundamentada numa técnica de aceleração do processo como a improcedência liminar do pedido. Partindo desta mesma premissa teórica, Eder Fernandes (2016) destaca as potencialidades da teoria habermasiana no contexto processual brasileiro. O princípio do discurso de Habermas (2003) ganha facticidade no campo do contraditório prévio no julgamento liminar nas hipóteses do art. 332, incisos I, II e §1º do CPC.

Não há como se pensar um processo civil democrático sem uma teoria da decisão

judicial que tem como eixo a democratização do processo decisório, independente da técnica de julgamento aplicada. Com efeito, a teoria do direito de Habermas contribui para se estudar a teoria da decisão judicial na vigência do CPC/2015.

5 CONCLUSÃO

A improcedência liminar do pedido constitui técnica essencial para se alcançar a proposta de um processo com uma duração razoável. Com efeito, conforme se demonstrou ao longo do trabalho, o tratamento normativo dado ao tema pelo código não é exaustivo, o que pode acarretar violações complexas ao princípio do acesso à ordem jurídica justa.

Para evitar arbitrariedades ou mesmo desuso, se faz imperioso interpretar o art. 332 do CPC à luz das normas fundamentais do processo civil de modo a extrair o máximo de seu conteúdo normativo. Foi exatamente nesta perspectiva que propomos interpretar o referido dispositivo legal sob a ótica dos princípios estruturantes do processo civil como fonte supletiva.

Admitir o contraditório prévio, de forma cooperativa, e observando a primazia do mérito nos casos dispostos no art. 332, I, II e §1º, significa, essencialmente, dar maior eficácia e concretude à técnica de julgamento liminar. Essa proposta hermenêutica exige maior preparação e cautela dos operadores do direito.

As técnicas de aceleração do processo dispostas no Código de Processo Civil clamam por uma reconstrução da teoria da decisão judicial de modo a articular estas técnicas como o modelo cooperativo e democrático de processo, que ganha facticidade no exercício pleno contraditório prévio. Esse é o viés conceitual e teórico por meio do qual pode-se extrair todas as potencialidades do julgamento liminar enquanto técnica constitucional de aceleração do processo.

O presente trabalho tem como pretensão maior estimular, ainda mais, o debate sobre a temática como também deslocar a reflexão para o campo da reconstrução da teoria da decisão judicial e da democratização do processo, pois são essas as categorias essenciais para se pensar o modelo de processo que está se consolidando no Brasil.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O Futuro da Justiça**: alguns mitos. In: Temas de direito processual, oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 01-14.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>, acesso em 20 junho 2019.

BRASIL. Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/l13105.htm> Acesso em: 20 junho 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Acórdão de decisão que reformou a improcedência liminar**. Apelação Cível nº 0079802-15.2018.8.19.0001. Marcus Walerius Falcoeiros Trindade e Crefisa S/A Crédito, Financiamento e Investimentos. Relator: Desembargadora Marcia Ferreira Alvarenga. 06 de fevereiro 2019. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201900100322>. Acesso em: 17 junho 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CATHARINA, Alexandre de Castro, **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2015.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17ª ed. Podivm: Salvador, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERNANDES, Eder. **Entre direitos fundamentais e democracia**: superando a dicotomia no direito brasileiro. Niterói: Eduff, 2016.

HABERMAS, Jurguen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas**: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes judiciais**: da persuasão à vinculação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

SIMONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma de decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. **Revista Nomos**. V. 37.1, jan./jun. 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Particularidades da tutela jurisdicional do direito à saúde

André R. C. Fontes¹

Resumo

O artigo é uma crítica à disciplina das liminares da Justiça para a internação hospitalar e dos efeitos dessas decisões no sistema brasileiro de saúde.

Palavras-chave: Internação; Decisão; Liminar.

Abstract

The article is a criticism of the discipline of the injunctions of Justice for hospitalization and the effects of these decisions on the Brazilian health system.

Keywords: Hospitalization; Decision; Injunction.

Toda sociedade é composta por pessoas; e poderia ser lógico começar um estudo de Teoria Geral do Estado ou mesmo de Direito Constitucional pelas características daqueles indivíduos como um tema central e destacado de tratamento e estudos do Direito. E o exame de temas conexos obrigaria cada sistema jurídico a afirmar as situações nas quais estão assentadas a existência humana e o bem-estar de todos e a proscrever todo comportamento que ponha em risco o corpo vivo de uma nação. Por isso, a concepção mais elementar da condição humana - a *saúde* de um povo -, haveria de ser o mais fundamental dos direitos tutelados pelo Estado moderno. É, pois, necessário desde logo salientar que, uma dada sociedade não é um simples conjunto de indivíduos, senão um sistema complexo e dinâmico no qual os homens nascem, vivem e morrem – mas que a sociedade por eles integrada, vista como um grande e vigoroso sistema, tem que perdurar.

Qual seria, pois, o caráter desse sistema de saúde de todo um povo? Que traços distintivos haveria de se tomar por base para se destacar seus elementos a fim de abranger toda a população? Na experiência brasileira conhecemos formações variadas de tempo e lugar na qual a vida social conduziu a um conjunto estruturado de direitos e deveres dos

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

ao indivíduo e ao Estado cobertos por leis para o seu funcionamento e desenvolvimento.

Não é difícil compreender a existência, assim, de um *Direito à Saúde*. Essa veracidade assegura que possamos dar início a uma análise científica e objetiva das noções e conceitos que o envolvem. Deixando de lado a divisão dicotômica do Direito, no qual Público e Privado cercam de todos os lados a vida humana, lembramos que, no âmbito privado, as normas sobre saúde são de ordem pública e são igualmente revestidas de um indiscutível interesse social. Compreende também os pressupostos de inteligência e vontade, isto é, o entendimento do que representa cada ato de proteção à saúde e a manifestação do que o beneficiado quer e necessita. Assim é que, se uma pessoa sofrer momentânea ou transitoriamente a perda de sua consciência, não faz com que seus direitos sejam incertos ou discutíveis, mas, ao contrário, que seus direitos sejam – como é de se esperar! – instrumentalmente alcançados com o aparato médico posto à disposição de todos.

A enorme importância dada à tutela geral da saúde traduz-se no fato da sua própria conquista, geralmente associada a um novo tipo de Estado, que deixa suas vestes liberais e assume como um Estado Social de Direito. Uma discussão acadêmica sobre a afirmação do Estado Social para a existência e concretude de um direito à saúde seria neste momento mais acadêmica que positiva, e ofereceria pouco interesse neste texto. Portanto, essa associação é nestas linhas uma mera digressão, sem que se queira tomar como tema principal ou mesmo provocar mais outras reflexões do mesmo naipe.

Para encontrarmos no direito da saúde o objeto necessário aos estudos, por outro lado, não basta identificarmos seus aspectos mais externos. A exteriorização da norma jurídica é condição mesma da sua existência, mas, não deve significar uma redução do direito à saúde à uma concepção monolítica de direito, na qual reflete somente o juízo normativo extraído de um texto legal ou constitucional. É preciso refletir sobre seu aspecto interior e considerar que é um direito social e simultaneamente um direito individual. Inclui-se nesse raciocínio um desenvolvimento de grau de madureza que se medem, ante tudo, pelo nível de desenvolvimento entrelaçado ou *cruzado* com o grau de aperfeiçoamento desse direito social com o individual. E não se assemelha diretamente nem à necessidade nem ao objeto da necessidade como nenhum outro direito. É um instrumento que não pode ser utilizado para satisfazer diretamente uma única necessidade. E analisado mais detalhadamente forma situações cruzadas de interesse social e individual simultaneamente que não encontram paralelo em todo o sistema jurídico do Brasil.

Cumpramos assinalar que o aparecimento de uma concepção consistente e definida de um direito à saúde provocou variações na forma da sua interpretação e aplicação pelos mais diversos operadores. Essas variações tinham um cunho tanto de qualidade quanto de quantidade no que se poderia denominar de concretude dos direitos. A continuidade desse direito proporcionava um ambiente de desenvolvimento tão apurado ao ponto de absorver maior número de situações aos membros da sociedade, mas invariavelmente manifestava-se de fato nas variações quantitativas que se verificavam pela intervenção do Poder Judiciário. Independentemente da velocidade que o tema era agasalhado pela magistratura, a quantidade

de decisões determinou uma tal variação quantitativa que a natureza ou qualidade dos direitos foi igualmente afetada.

Ao se manifestarem a respeito do assunto, os juízes, já coberto por uma razoável políticalegislativa, fixaram limites que parecem alterar mesmo a essência da lei. Esclarecendo a essência mencionada, diremos que a interdependência do direito da saúde para uma decisão judicial condicionou o sistema do direito à saúde e o afetou negativamente em prejuízo do seu caráter necessário e universal. Aqui tem grande importância a distinção entre aqueles que em condições financeiras especiais e conhecimentos aprimorados de advogados buscaram decisões judiciais e acumularem vantagens próprias de um Poder que, mais aberto aos litigantes habituais e com melhores conhecidos de patrocínioadvocático encontraram êxito em detrimento de uma massa de necessitados já postos à latere por um Poder que, com peculiares e especificidades pode afetar o exercício de umaatividade estatal ampla e universal por um órgão do Executivo. É importante chamar atenção para o significado conceitual da solução judiciária não ter como elemento de seuconceito o caráter uniforme e ecumênico.

O inegável salto de qualidade que o Judiciário imprimiu à tutela da saúde não proporcionou uma correspondente forma universal de mudança e de benefício para todos aqueles que careciam de proteção. Na compreensão desse salto de quantidade, é necessário especificar as condições concretas e uma virada decisiva na falta de tratamentoisonômico entre os usuários do sistema de saúde. Dois são os saltos: um de aumento da quantidade e outro da falta de universalidade paritária entre os destinatários. E é importante lembrar que compreensão desta análise ser o Judiciário, por natureza, casuístico nas soluções dos problemas universais de saúde no País.

Se a tutela jurisdicional é o centro dos princípios mais efetivos e conhecidos na temáticados direitos à saúde, é também a força motriz de uma das mais evidentes contradições deuma justiça paritária no Brasil. E as contradições não se caracterizam pela diversidade de opiniões entre os juízes, já que a diversidade de opiniões e razões de decidir são da própria formação do convencimento individualizado em todo julgamento em espécie, mas sim, pelas contradições externas resultantes da melhor capacidade e talento de um advogado em relação a outro na busca da atenção e da tutela jurisdicional a provocar, como uma lógica consequência o tratamento diferenciado, com uma mais acentuada efetividade ao melhor assistido por advogado e, portanto, atendido judicialmente, e não ao mais necessitado da tutela jurisdicional da saúde, que nem sempre é bem servido de assistênciajudiciária. Essa complexidade e contrariedade do movimento judicial em relação ao maiscarente de direito da saúde afasta deliberadamente uma posição que, *ab origine*, haveria de ser a vocação necessária e universal do sistema de tutela à saúde.

Na apuração e na medida que cresce o problema, é mister evidenciar se a amplitude das decisões judiciais não demandariam uma tutela coletiva dos direitos de saúde. Ao se esclarecer o papel da tutela coletiva aos casos dos direitos de saúde, a solução judicial coletiva

de dar ampla proteção a todos os necessitados poderia ser a opção de oferecer, não apenas ao litigante representado judicialmente, mas a todos aqueles que necessitassem de um abono judicial. Elevada ao extremo, essa posição corresponderia a um verdadeiro programa de ação pública coordenado pelo Poder Judiciário, e que, em última perspectiva, se confundiria com os objetivos de um programa de ação de uma autoridade pública e redundaria - pasmem! - em uma política pública setorizada, desprovida da legitimidade e do compromisso social para tal agir (por ausência dos elementos políticos que encerram o Poder Executivo e Legislativo).

Considerando que a verdadeira natureza dos direitos sociais é a sua universalização e múltipla difusão, a apuração de uma caráter individualista das decisões judiciais em sua essência e realidade, podem gerar a aparência e a ilusão de uma justiça efetiva para cada um dos demandantes. É que se a tarefa da tutela da saúde é a sua ampla e universal aplicação, subtrair a dimensão coletiva de uma solução e criar variações de tratamento poderá significar um verdadeiro retrocesso na expansão democrática do papel do Estado e uma degradação dos direitos sociais dura e custosamente conquistados.

Reconhecer o fato de um duplo sentido da solução judicial para os direitos, por não coincidirem no tratamento único dado à saúde aos vários titulares de direitos à saúde pode implicar na potencialização das soluções judiciais e um movimento em favor dos mais favorecidos economicamente, em detrimento das formas governamentais de aplicação de políticas públicas de saúde aos menos favorecidos.

A pendência de julgamentos em matéria de saúde faz com que as circunstâncias deem o signo da dificuldade até mesmo para uma reconstrução sistemática de uma tutela constitucional da saúde. A multiplicidade de controvérsias pode além de não dar soluções justas individualmente servir de fonte de abstenção de formulas legislativas, até mesmo que venha a facilitar as vias judiciais somente para o grupo mais haibilidoso.

Dos diversos argumentos acima expostos acrescentam-se e seguem ainda um dos mais caraterísticos do regime judiciário do Brasil: a dupla sistemática de órgãos judiciários da União (Justiça Federal) e dos Estados (as Justiças Locais). E quando as entranhas da formação judiciária brasileira se revelam, deixa de existir uma coesão dos órgãos jurisdicionais e brota uma verdadeira forma de concurso que alarga a dificuldade com a diversificada cultura de cada grupo de órgãos judiciários, que não raramente assumem uma função subsidiária ao outro sempre que a solução não foi encontrada por um, além da possibilidade de fraudes por repetições de demandas resultantes de litispendências nãoapuradas. O certo é que essas condições da estrutura do Judiciário não permitem uma forma integrada, de modo a conjugar os dois conjuntos de órgãos jurisdicionais em uma função supostamente mobilizadora ou transformadora do desenvolvimento e do progressoda tutela jurisdicional. E assim prevalece um tipo de liberdade de se provocar o Judiciário que não permite que se expresse claramente uma harmoniosa atividade jurisdicional na qual vigorem nos dois diferentes órgãos os mesmos entendimentos. Ao vigorar em nosso direito esse sistema dividido e parcial, a eficácia

do sistema de tutela jurisdicional de saúde estará a promover vantagens e privilégios aos mais capacitados perante a autoridade judiciária, por conta da competência de seus advogados, e em correspondência toda a restrição e injustiça aos demais.

Ao se compreender racionalmente a tarefa do Judiciário no Direito à Saúde devemos nos lembrar da tríplice divisão dos direitos fundamentais, a partir de uma dupla distinção positiva e negativa entre direitos e garantias: direitos de abstenção, nos quais se quer o Estado se abstenha, por exemplo, de criar obstáculos à nossa liberdade; os direitos de prestação, nos quais o Estado deve agir de modo a realizar uma prestação específica, como seria exemplo uma prestação jurisdicional, além das garantias, que sempre visam a dar condições a que um direito (ou mesmo uma outra garantia) seja apreciado, como, *verbi gratia*, o devido processo legal.

Posto seja anunciado como um direito social – o que levaria ao raciocínio de um direito subjetivo público, categoria jurídica que não confrontaremos neste texto – o reconhecimento de um direito fundamental à saúde assim se generalizou na literatura jurídica e nos julgados dos tribunais do País. Essa compreensão aparentemente simplista no complexo tema dos direitos fundamentais tornou-se claramente a chave da intervenção jurisdicional no direito da saúde. Em torno dela o Judiciário brasileiro conferiu lucidez e precisão no endereço que fixa os parâmetros para o reconhecimento pretensamente generalizado de direito de prestação jurisdicional em matéria de saúde.

Lembramos de forma sucinta que a Saúde é teoricamente anterior à própria questão mesmo da Medicina. Nas intermináveis extensões do País, podemos verificar um contraste nítido entre os padrões de morbidade e mortalidade nos diferentes estratos da população, que correspondem *grossa modo* à uma diferenciação análoga na prestação pública, estatal e institucionalizada de serviços de saúde. Essas contradições e equívocas na estrutura de saúde no Brasil mostram que a crise na saúde não se confunde com a crise da Medicina. Nesse ambiente de soluções individuais geniais dos magistrados, uma dicotomia entre Saúde e Medicina - sempre presente nas políticas públicas no País-, não encontra reconhecimento na intervenção judicial, que não consegue, na sua vocação de entregar a prestação jurisdicional restrita e individualizada, estabelecer a fronteira clara entre uma e outra.

Uma vez consolidado um julgamento específico, a distinção entre Saúde e Medicina não somente não ocorre, como essa correlação passa a ser fruto de um pronunciamento único, ou seja, um todo-único, no qual a natureza legal (ou constitucional) do direito elaborada na sentença pelo juiz torna impossível qualquer distinção sustentável entre o corte da Saúde e o que seria o corte da Medicina. E para evitar um possível mal-entendido, lembro que a evolução de uma doença é incompatível com a dinâmica Saúde-Medicina na Justiça, não somente pela desconsideração do decurso do tempo inicialmente em um processo, mas, também, porque o Judiciário não é apto a fazer mudanças técnicas no tratamento de uma pessoa a tempo de significar uma necessidade atual e imediata.

Sem pretender reproduzir completamente o ambiente judicial, a redução de todo um sistema de saúde pública a uma decisão judicial submete as exigências médicas ao risco das oscilações da jurisprudência e das soluções judiciais no curso de um processo agravado com o risco mesmo de uma cirurgia ou um tratamento de urgência não ser realizado devido aos efeitos de uma coisa julgada (ou sua ausência), entenda-se que nesse momento já seja desatualizada e inútil.

Não é em virtude do apego singular de resolver conflitos que o juiz é chamado para as questões de saúde, mas para realizar ou fazer realizar prestações de caráter assegurar e ade prestar assistência aos necessitados, pois assegura, dentre outras prestações assistenciais, também aquela farmacêutica.

Problemas de operações negociais e de execução de contratos entre os agentes econômicos que produzem e operam fármacos e seus correspondentes conduzem ao agravamento da questão pelas controvérsias relacionadas com os direitos de patentes. Sobre esses produtos (patentes), muito longe da ideia de imprescindibilidade de um tratamento ou de impossibilidade na substituição de produtos farmacêuticos por outro tem levado o Judiciário mais a tutelar a própria patente dos remédios que o sensível e impreterível direito de saúde, que é, de modo central, constitucionalmente tutelado como um direito fundamental.

A imposição de tratamentos gratuitos por decisões judiciais, máxime com remédios específicos de determinados laboratórios, geralmente com a absoluta exclusão de qualquer outro por causa da direitos de propriedade intelectual, converte aparentes soluções por certos produtos em solução única. E um dos sustentáculos artificiais da procura de determinados medicamentos, geralmente envolvidos pela aura de solução única e quase milagrosa, em custos que destoam os padrões internacionais. Essa realidade de preços cobrados por remédios aproxima-se do abuso, especialmente por não ter nenhuma relação com a pesquisa ou desenvolvimento do produto. E não cabe a menor dúvida de que será conta em branco a ser satisfeita com o Orçamento Público.

São necessárias certas observações complementares no abono de decisões judiciais que fixem gastos a serem deduzidos do Orçamento Público. Conquanto não se considere mesmo a eficácia terapêutica do remédio, a despesa pública por ordem judicial estará longe de prestigiar a legitimidade dos valores e a homenagem ao compartilhamento social dos gastos sociais em saúde. E no pórtico das vicissitudes judiciais de saúde, é comum mesmo que a determinação de entrega de produtos sem o comprovado reconhecimento terapêutico ou que tenha sequer suplantado a mera condição experimental – o que significa dizer que, mesmo sujeito aos licenciamentos de comprovação terapêutica não chegou mesmo a merecer ciência da Vigilância Sanitária.

A coisa julgada reverte-se de um tipo de pretensão de perenidade – já que não é limitada no tempo - que em referência aos remédios destinados ao tratamento das graves condições ou sintomas mórbidos e que exigem terapia de longa data que, muito longe estarão

de serem compatíveis com uma situação de urgência. Não se pode sequer ignorar que uma situação de urgência de doenças de alto risco ou mesmo doenças crônicas para um tratamento ou uma cirurgia não estaria certamente contemplada em uma sentença resultante de um longo e penoso decurso de um processo, fique impedida de ocorrer por ausência de uma simples menção desse aspecto na redação do julgado levado a efeito.

A essência única e a variedade das formas de *ratio cognoscendi* de um profissional de Saúde ou Medicina sobre a natureza, extensão e mesmo proporcionalidade do direito à saúde a respeito de uma única vida, de tal modo poderia levar a dúvidas que nem mesmo uma verdadeira prova não deixaria de ser confrontada nas diversas situações possíveis na vida de um paciente, e pior: a justificar a *ratio decidendi* formadora de uma sentença por um juiz juridicamente convencido, mas tecnicamente equivocado questão da saúde..

Por essas questões, é inevitável que se tenha de devolver ao juiz uma série de controvérsias médicas que podem exigir uma solução de urgência ou de estar condicionada à uma estrutura médica de equipamentos específicos, sem os quais o paciente correria risco de vida que, a despeito de todo zelo e denodo judiciais, ficariam diluídas em um ambiente litigioso coberto por todo tipo de vícios, que podem estar longede ser corrigidos devido, por exemplo, a uma preclusão para o próprio juiz, a preclusão *pro judicato*.

A própria identificação de um conteúdo essencial do direito à saúde pode não corresponder àquela informada ao juiz tal como foi a ele submetida e que tenha merecido apreciação feita da questão. A prestação de diagnóstico e mesmo o custo que se teria na estrutura hospitalar, assim como a própria caracterização da doença, pode não ser aquela que corresponderia à necessidade de integridade física do paciente.

Essa tensão entre a realidade e a necessidade do tratamento que se quer ver abonada e os juízos sobre a lei ou mesmo sobre a jurisprudência a que estaria submetido o julgado podem estar longe de ter uma correspondência. E não é raro que ocorram decisões sobre situações de urgência que já não são mais úteis ou necessárias ou que não foram agasalhadas por alguma decisão judicial ou decisão oportunamente adequada e tempestiva. As transformações da realidade que o imediato atendimento em distintos locais e em momentos específicos venham a exigir, de modo que se persiga clara e verdadeiramente o direito amparado pelos direitos sociais constitucionalmente protegidos encontra-se limitada pela própria natureza do sistema de tutela de urgência por suas peculiaridades e particularidades.

As ulteriores anomalias representam substancialmente os desafios aos próprios limites do sistema judicial no que se poderia denominar de confronto com aquele regime de ofertas de serviço público que deveria ser prestado diretamente pelas instituições oficiais. E a evolução desse estado de coisas do direito à saúde leva à discussão sobre o grau ou limites do acerto judicial sobre a saúde em geral. A perspectiva consistente em um imaginário no qual o direito à saúde deduzido em juízo encontrasse no Judiciário a disponibilidade que assegurasse as formas adequadas de exigências de tutela do direito à saúde parece tornar-se impraticável

sem as variantes e contornos exemplificados nas premissas aqui lançadas.

É necessários que nos detenhamos especificamente nas ideias iniciais que levam a uma temática no direito à saúde. A previsão constitucional está longe de ser alcançada pelos desafios a que o Judiciário está submetido. Essa solução por sentença para as controvérsias em matéria de serviços de saúde, submetida ao discrimine da jurisdição, mantido seu estado atual, vai exigir a reconstrução da doutrina que descreve os direitos sociais venha a cair nos limites da reserva do possível e sem ser operada pela forma unitária que a experiência judiciária consolidou.

As medidas que se pretendem podem corresponder às variadas exigências de tutela daqueles cobertos pelo patrocínio do mais competente dos advogados. Mas o riscos de uma incapacidade última dos problemas de saúde, mais propriamente se aproximam de uma verdadeira metamorfose de desconstituição dos direitos sociais que uma evidência de uma possível e esperada convergência interinstitucional no específico setor de saúde.

REFERÊNCIAS

- ALMOND, Gabriel A.; COLEMAN, James S. *A política das áreas em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, s/d.
- BACRE, Aldo. *Teoria general de processo*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1988. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Judicialização da saúde*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUSNELLI, Francesco Donato. *Tutela dela salute e diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1978.
- DEL RÍO, Andrés; MARTON, Silmara Lídia. *Os desafios das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: CRV, 2016.
- FARIA, Lina. *Saúde e Política*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde*. 2ª ed. Salvador: Podium, 2011.
- FISCHLOWITZ, Estanislau. *Fundamentos da política social*. Rio de Janeiro: Agir, 1964.
- GALLO, Carlo Emanuele; PEZZINI, Barbara. *Profili attuali del diritto alla salute*. Milão: Giuffrè, 1998.
- GUISE, Mônica Steffen. *Comércio internacional, patentes e saúde pública*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*. São Paulo: RT, 2003.
- MARQUES, Marília Bernardes. *Saúde pública, ética e mercado no entreato de dois séculos*. São Paulo: Brasiliense, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ªed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Daniela Tranches de. *Movimentos sociais e institucionalização de políticas públicas de saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad, 2015.

OSMAN, Roberto. *Saúde mental: os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Artaud, 2008.

POSSAS, Cristina. *Saúde e trabalho*. Rio de Janeiro: Graal, 1981.

PRÉTOT, Xavier; DUPEYROUX, Jean-Jacques. *Droit de la sécurité sociale*. 9ª Paris:Dalloz, 2000.

SILVA, Júlio César Ballerini. *Direito à saúde*. Leme: Habermann, S/d.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra; SOUSA, Simone Letícia Severo. *Direitos e políticas públicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas*. Belo Horizonte:Del Rey, 2015.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT,1976.

TORRES, Manuel de. *Teoria de la politica social*. 2ª. Madri: Aguil

Novo marco legal sobre regularização fundiária: novos conceitos, velhos dilemas

Andreza Aparecida Franco Câmara¹

Resumo

O presente estudo abordará sobre a nova lei geral de regularização fundiária editado em 2017. **Objetivo** – Pretende-se analisar os principais aspectos do novo marco legal de regularização fundiária e examinar o instituto da legitimação fundiária e as principais teses de inconstitucionalidade apresentadas da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). **Materiais e Métodos** – Apresentando metodologia qualitativa, por meio do método hipotético-dedutivo será empregada a revisão de literatura, a análise de legislação e jurisprudência dos tribunais superiores. **Resultados** – Verificou-se que a legislação flexibilizou alguns procedimentos anteriormente previstos em outras normas, com o propósito de resolver situações fundiárias por meio da titulação dos ocupantes, criando institutos jurídicos que se confrontam a ordem constitucional vigente. **Conclusões** – Conclui-se que a Lei nº. 13.465/2017, ao reestruturar os regimes de regularização fundiária urbana, com ênfase na distribuição de títulos de propriedade, embora estabeleça critérios de acesso da população de baixa renda, reforça a desigualdade social ao contribuir para a concentração de terras.

Palavras-chave: Regularização fundiária; Legitimação fundiária; ADI 5.771.

Nouveau cadre juridique sur la régularisation des terres: nouveaux concepts, anciens dilemmes

Résumé

Cette étude portera sur la nouvelle loi générale sur la régularisation foncière édictée en 2017. Objectif - Elle vise à analyser les principaux aspects du nouveau cadre juridique de régularisation foncière et à examiner l'institut de légitimation foncière et les principales thèses d'inconstitutionnalité présentées dans l'Action Directe de Inconstitutionnalité (DJA). Matériel et méthodes - Présentation de la méthodologie qualitative, utilisant la méthode hypothético-déductive, une revue de la littérature, une analyse de la législation et de la jurisprudence des tribunaux supérieurs. Résultats - Il a été constaté que la législation assouplissait certaines procédures précédemment prévues dans d'autres règles, dans le but de résoudre les situations de régime foncier par l'attribution de titres aux occupants, créant des instituts juridiques qui confrontent l'ordre constitutionnel actuel. Conclusions - Il est conclu que la loi nº. 13.465 /

¹ Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Professora Adjunta no Departamento de Direito de Macaé (MDI), do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé (ICM) da UFF. Líder do Grupo de Pesquisa do Diretório do CNPq Observatório de Estudos e Pesquisa do Interior: Território, Populações Tradicionais e Políticas Públicas/UFF. Pesquisadora FAPERJ.

2017, en restructurant les régimes de régularisation foncière urbaine, en mettant l'accent sur la répartition des titres de propriété, bien qu'elle établisse des critères d'accès pour la population à faible revenu, elle renforce les inégalités sociales en contribuant à la concentration des terres.

Mots-clés: Régularisation foncière; Régime foncier; ADI 5.771.

INTRODUÇÃO

O processo de urbanização nas cidades brasileiras, em grande parte, apresenta como características a fragmentação urbana e a exclusão social. Ocorre o acúmulo dos espaços de desigualdades, além da falta de infraestrutura e justiça.

Diversos fatores endógenos e exógenos são apontados para configurar esse modelo concentrador nos espaços periféricos, que acarretam, por consequências, desigualdades sociais locais e regionais, além da falta de infraestrutura e políticas públicas que engendram essa lógica de gentrificação. Tomando esses fatores como base empírica, iniciativas federais são implantadas para viabilizar um desenvolvimento inclusivo das cidades considerando o conjunto de seus habitantes.

Dentre essas medidas encontra-se a edição da Lei nº. 13.465/2017, que cria a obrigação dos entes públicos em implementarem políticas públicas visando o cumprimento da função social da propriedade e o incremento do direito humano fundamental à moradia, por meio do desenvolvimento urbano, da sustentabilidade econômica, social e ambiental, e criando um conjunto de instrumentos que desburocratizam e dão celeridade aos procedimentos de aprovação e do registro da Certidão da Regularização Fundiária (CRF).

A nova legislação acentuou a concessão da titulação jurídica aos ocupantes dos núcleos informais, dada a ampliação de legitimados para requerer a regularização e o acréscimo de instrumentos de titulação. No presente estudo, objetivou-se discutir os aspectos gerais do novo marco legal de regularização fundiária, apresentando principais elementos conceituais e examinando o instituto da legitimação fundiária e as principais teses de inconstitucionalidade apresentadas da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.771/DF.

MATERIAIS E MÉTODOS

A metodologia empregada foi a qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com análise da legislação de regularização fundiária em vigor e do processo judicial que tramita no Supremo Tribunal Federal visando a declaração de inconstitucionalidade formal e material da Lei nº. 13.465/2017.

DISCUSSÕES E RESULTADOS

Com o advento da Lei nº. 13.465, de 11 de julho de 2017, novas normas e procedimentos para a Regularização Fundiária (Reurb) rural e urbana foram disciplinados, visando promover às políticas públicas nesses territórios. Além de determinar parâmetros sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; além de dispor sobre instrumentos visando a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União.

O presente artigo objetiva discutir brevemente os avanços e retrocessos do novo marco fundiário urbano e de sua regulamentação por meio do Decreto nº. 9.310, de 15 de março de 2018 e analisar o instrumento da legitimação fundiária introduzido no ordenamento fundiário brasileiro.

Nesse sentido, o art. 9º da Lei nº. 13.465/2017 (BRASIL, 2017) define a Reurb como o conjunto de procedimentos que abrangem medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

A legislação fundiária prescreve a necessidade de articular a Reurb à regularização urbanística e ambiental, o que viabiliza o ordenamento espacial, impedindo o adensamento do território. Portanto, visa legalizar a permanência de moradores de áreas urbanas ocupadas irregularmente para fins de moradia e, suplementarmente, proporcionar melhorias no meio ambiente urbano e na qualidade de vida da população (SOUZA; SILVA, 2019). Nessa linha, os órgãos públicos de patrimônio devem implementar políticas públicas de habitação, de acordo com os termos disciplinados na CRFB/88.

De acordo com Correia (2018), a regularização fundiária consiste no processo pelo qual se integra a moradia à cidade, por meio de direitos urbanísticos e infraestrutura urbana elementar, visando a efetivação da posse e do domínio de moradia adequada e digna, entendida como aquela capaz de proporcionar o pleno direito à cidade inclusiva e includente.

Verifica-se, aparentemente, que a opção adotada pelo legislador ordinário primou pela consecução do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da CRFB/1988). Além de enfatizar um dos objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III da CRFB/1988). Em seu escopo, a lei evidencia o cumprimento da função social da propriedade em área pública ou privada (art. 5º, inciso XXIII da CRFB/1988), aliando-o ao direito social à moradia (art. 6º da CRFB/1988); e, por fim, observando a política urbana prevista nos arts. 182 e 183 da CRFB/1988.

O pressuposto da aplicação da legislação da regularização fundiária é que haja a

consolidação de um núcleo urbano informal, compreendido como o assentamento que esteja com algum grau de irregularidade, conforme as seguintes hipóteses, de acordo com Cunha (2019, p. 17-18):

- i) inexistência de aprovação do projeto de parcelamento no Município e por consequência, ausência de registro imobiliário;
- ii) existência de aprovação municipal; no entanto, inexistência de registro imobiliário;
- iii) existência de aprovação no Município, do registro imobiliário quanto ao parcelamento do solo, mas inexistência de averbação da construção;
- iv) existência de aprovação municipal, do registro imobiliário; entretanto, a execução do projeto é diversa da que foi aprovada ou registrada, ou;
- v) existência de aprovação municipal, do registro imobiliário, da averbação da construção; contudo ausência de titulação dos seus ocupantes atuais.

Cunha (2019) observa que é possível utilizar os instrumentos da regularização fundiária apenas para titular seus ocupantes, desde que as demais irregularidades forem sanadas, e, neste caso, há necessidade da elaboração do Projeto de Regularização Fundiária, nos termos do art. 21, § 2º do Decreto nº. 9.310/2018. E conclui que, independentemente do rito adotado pelo poder público, algumas fases poderão ser suprimidas, desde que sejam precedidas por decisão fundamentada.

O poder público deverá formular políticas espaciais, dentro de suas competências, em conformidade aos princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional, nos termos do art. 9º, § 1º da Lei nº. 13.465/2017. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da decisão monocrática advertiu:

RECURSO ESPECIAL Nº 1875962 - AM (2020/0122511-4) RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA RECORRENTE : MUNICÍPIO DE MANAUS PROCURADOR : LUCAS GRANGEIRO BONIFÁCIO - AM014198 RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pelo MUNICÍPIO DE MANAUS, com respaldo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS assim ementado (e-STJ fl. 187): EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO URBANÍSTICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL. REGULARIZAÇÃO LOTEAMENTOS CLANDESTINOS. PRECEDENTE STJ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Merece ser desprovido o presente apelo, tendo em vista que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que o Município é titular do dever de regularizar loteamentos clandestinos ou irregulares, em conformidade com a legislação urbanística local (art. 40, § 5º, da Lei 6.766/1979), em especial à infraestrutura necessária para melhoria na malha urbana, como ruas, esgoto, energia e iluminação pública, de modo a atender aos moradores já instalados; - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

No caso examinado pelo STJ, o cerne da questão restringe-se exclusivamente quanto à responsabilização do Município, para fins de organização urbana, privilegiando-se a aplicação do princípio da legalidade ao diferenciar a figura do loteamento irregular disciplinado pela Lei nº 6.766/1979 daquela prevista pelo art. 9º da Lei nº. 13.465/2017, já que o núcleo urbano irregular previsto pela legislação de regularização fundiária é espontâneo.

O § 2º do art. 9º da Lei prevê um limite temporal para a aplicação da Reurb promovida mediante legitimação fundiária, que será analisada no item 2, aos núcleos urbanos informais comprovadamente existentes até 22 de dezembro de 2016.

O art. 3º, §1º do Decreto nº. 9.310/2018 faculta aos Municípios e ao Distrito Federal dispensarem as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público, ao tamanho dos lotes regularizados ou a outros parâmetros urbanísticos e edíficos. Desse modo, manteve-se a possibilidade da titulação, independentemente da urbanização (CORREIA, 2018).

A Lei nº. 13.465/2017, em seu art. 11 prescreve conceitos fundamentais para a efetivação do procedimento de regularização fundiária urbana. Dentre eles, se destacam o de demarcação urbanística compreendido como procedimento dirigido a identificar os imóveis públicos e privados compreendidos pelo núcleo urbano informal e a obter a “anuência dos respectivos titulares de direitos inscritos na matrícula dos imóveis ocupados, culminando com averbação na matrícula destes imóveis da viabilidade da regularização fundiária, a ser promovida a critério do Município” (art. 11, IV da Lei nº. 13.465/2017) (BRASIL, 2017).

Por fim, o instituto da Certidão de Regularização Fundiária entendido como documento expedido pelo Município ao término da Reurb, integrando-se o respectivo projeto de regularização fundiária aprovado, do termo de compromisso relativo a sua execução² e, no caso da legitimação fundiária e da legitimação de posse, da listagem dos ocupantes do núcleo urbano informal regularizado, da devida qualificação destes e dos direitos reais que lhes foram conferidos (art. 11, V da Lei nº. 13.465/2017) (BRASIL, 2017).

MODALIDADES DA REURB

O art. 13 da Lei nº. 13.465/2017 prevê duas modalidades da Reurb, sendo elas:

- i) A regularização fundiária de interesse social (Reurb-S) aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do poder público legitimado. No mesmo sentido, o art. 5º, § 1º do Decreto nº. 9.310/2018 garante a isenção de custas e emolumentos, entre outros, os atos registraes relacionados à Reurb-S, nos termos do Capítulo

² O art. 3º, § 2º do Decreto nº. 9.310/2018 estabelece que: “O termo de compromisso referido no inciso V do caput conterà o cronograma da execução de obras e serviços e da implantação da infraestrutura essencial e poderá prever compensações urbanísticas e ambientais, quando necessárias”.

V da norma regulamentadora.

Para fins da Reurb-S, considera-se como população de baixa renda, nos termos do art. 6º do Decreto:

Art. 6º Para a classificação da Reurb na modalidade Reurb-S, a composição ou a faixa da renda familiar para definição de população de baixa renda poderá ser estabelecida em ato do Poder Público municipal ou distrital, consideradas as peculiaridades locais e regionais de cada ente federativo.

Parágrafo único. A renda familiar prevista no caput não poderá ser superior ao quántuplo do salário mínimo vigente no País. (BRASIL, 2018)

Apesar do Decreto estabelecer um limite máximo de salários mínimos vigentes para definir a categoria população de baixa renda, em seu parágrafo único, o *caput* permite a discricionariedade do ente municipal ou distrital apreciar elementos socioeconômicos locais e regionais para definição de um quantitativo. Inclusive, para a adoção de uso múltiplo do imóvel, desde que este integre a renda dos ocupantes e não ultrapasse o valor estabelecido pela lei.

Outro ponto importante é o previsto no art. 95 da Lei nº. 13.465/2017, ao estabelecer que:

Art. 95. O [Decreto-Lei nº 1.876, de 15 de julho de 1981](#), passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º (...)

[§ 2º](#) Considera-se carente ou de baixa renda, para fins da isenção disposta neste artigo, o responsável por imóvel da União que esteja devidamente **inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico)**, ou aquele responsável, cumulativamente:

I - cuja renda familiar mensal seja igual ou inferior ao valor correspondente a cinco salários mínimos; e

II - que não detenha posse ou propriedade de bens ou direitos em montante superior ao limite estabelecido pela Receita Federal do Brasil, para obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física.

(...)

[§ 5º](#) A exigência de que trata o inciso II do § 2º deste artigo, não se aplica aos beneficiários da Reurb-S.” (NR) (grifos nossos) (BRASIL, 2017)

Esse Decreto-Lei citado no art. 95 dispensa do pagamento de foros e laudêmios os titulares do domínio útil dos bens imóveis da União, nos casos que especifica, e dá outras providências.

Para efeitos de inscrição de pessoas de baixa renda no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal citado no § 2º, o Decreto nº. 6.135/2007, define-se como famílias de baixa renda aquelas com até meio salário mínimo de renda per capita, ou renda familiar de até 03 (três) salários mínimos.

- ii) A regularização fundiária de interesse especial (Reurb-E), hipótese aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada como baixa renda. Em outros termos, os núcleos urbanos informais constituídos por unidades imobiliárias não residenciais poderá ser feita por meio de Reurb-E (art. 5º, § 6º do Decreto nº. 9.310/2018).

Conforme a redação dada pelo Decreto nº. 9.597/2018, a classificação da modalidade da Reurb poderá ser feita a critério do município ou do distrito federal, de modo a promover a integração social e a geração de emprego e renda no núcleo urbano informal regularizado (art. 5º, § 7º do Decreto nº. 9.310/2018). Cunha considera que de acordo com a nova redação dada pelo Decreto nº. 9.597/2018 é possível classificar o mesmo “(...) núcleo urbano informal em mais de uma modalidade de REUB considerando o caso concreto (e não pela predominância) permite ao Município o ressarcimento pelo custo de PRF [Projeto de Regularização Fundiária] e pela execução de obras de infraestrutura essencial” (CUNHA, 2019, p. 19).

A discussão que merece destaque versa sobre a natureza da Reurb inominada. Cunha (2019) advoga pela tese de que a Reurb inominada se trata de um rito acelerado destinado a processar a regularização fundiária, que poderá ser empregado na Reurb-S e na Reurb-E, uma vez que sua previsão legal está disciplinada nas “Disposições Finais e Transitórias”, tanto da Lei nº. 13.465/2017 (art. 69), quanto no Decreto nº. 9.310/2018 (art. 87).

A legislação prevê quatro ritos para processar a regularização fundiária, sendo eles:

- i) Reurb (S ou E) precedida de demarcação urbanística, nos termos do art. 19 da Lei nº. 13.465/2017 e do art. 12 do Decreto nº. 9.310/2018.
- ii) Reurb (S ou E) com rito administrativo, conforme disposição do art. 32 Lei nº. 13.465/2017 e do art. 21 do Decreto nº. 9.310/2018.
- iii) Reurb (S ou E) pelo rito da regularização inominada, prevista no art. 69 da Lei nº. 13.465/2017 e do art. 87 do Decreto nº. 9.310/2018.
- iv) Abertura de matrícula para a gleba ou área pública (art. 195-A e art. 195-B da Lei nº. 6.015/1973);
- v) Especialização de fração ideal (art. 45 da Lei nº. 13.465/2017 e do art. 43 do Decreto nº. 9.310/2018).

Conforme disposição contida no art. 21 do Decreto nº. 9.310/2018, a Reurb poderá ser realizada em fases, possibilitando ao ente legitimado a dividir o assentamento informal em núcleos menores, precedida ou não da demarcação urbanística, incluindo ou não as áreas que necessitem de estudos técnicos ambientais. A doutrina ventila a possibilidade excepcional de se realizar a Reurb de unidade isolada, nas hipóteses quando há lotes em áreas de risco ou em áreas ambientalmente protegidas, precedida de estudos técnicos.

LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA: UM NOVO INSTITUTO E MUITAS POLÊMICAS

Dentre os institutos jurídicos previstos no art. 15 da Lei nº. 13.465/2017, que poderão ser empregados pelos Municípios e o Distrito Federal para a promoção da Reurb, encontra-se a

legitimação fundiária. Esse dispositivo trata-se de uma norma exemplificativa, que possui como escopo dar segurança jurídica aos beneficiários que possuem imóveis públicos ou privados em núcleos urbanos informais e objetivam regularizá-los e empregar medidas de urbanização, social e ambientais nesses espaços. No mesmo sentido, o art. 15 da Lei nº. 13.465/2017 e o art. 8º do Decreto nº. 9.310/2018 apresentam a natureza de *numerus apertus*.

O Capítulo II, Seção III da Lei nº. 13.465/2017, em seus artigos 23 e 24 cuidou o instituto da legitimação fundiária, considerado uma forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016, não sendo aplicável a situações futuras.

O Decreto regulamentador reforçou o limite temporal de 22 de dezembro de 2016 (data da edição da Medida Provisória 759/2016, que foi convertida na Lei da Reurb) para a utilização desse instrumento de regularização fundiária.

Desse modo, nos termos do art. 10, da Lei nº. 13.465/2017 é fundamental a identificação dos núcleos urbanos informais pelos entes federados que *devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes*.

O art. 23, § 1º da Lei estabelece as condições aos beneficiários, restringindo as hipóteses de aplicação aos casos de núcleos passíveis de Reurb-S, sendo elas:

Art. 23. (...)

§ 1º. Apenas na Reurb-S, a legitimação fundiária será concedida ao beneficiário, desde que atendidas as seguintes condições:

I - o beneficiário não seja concessionário, foreiro ou proprietário de imóvel urbano ou rural;

II - o beneficiário não tenha sido contemplado com legitimação de posse ou fundiária de imóvel urbano com a mesma finalidade, ainda que situado em núcleo urbano distinto; e

III - em caso de imóvel urbano com finalidade não residencial, seja reconhecido pelo poder público o interesse público de sua ocupação.

Contudo, o legislador não estabeleceu qualquer requisito quando se trata de Reurb-E, o que afetaria o direito à moradia digna.

Em qualquer das modalidades da Reurb, o ocupante poderá adquirir a unidade imobiliária com destinação urbana livre e desembaraçada de quaisquer ônus, direitos reais, gravames ou inscrições, eventualmente existentes em sua matrícula de origem, exceto quando disserem respeito ao próprio legitimado, conforme disposto no art. 23, § 2º da Lei.

A Lei inova com a possibilidade de aquisição do direito de propriedade, nos casos de Reurb-S, de imóveis públicos pertencentes à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos

Municípios, e às suas entidades vinculadas. O poder público poderá atribuir o domínio ao ocupante que não constava na listagem inicial para a concessão da legitimação fundiária, mediante cadastramento complementar, sem prejuízo dos direitos de quem haja constado na listagem inicial.

O poder público encaminhará a CRF para registro imediato da aquisição de propriedade, dispensados a apresentação de título individualizado e as cópias da documentação referente à qualificação do beneficiário, o projeto de regularização fundiária aprovado, a listagem dos ocupantes e sua devida qualificação e a identificação das áreas que ocupam.

O art. 24 estabelece a discricionariedade ao Município de aplicar os instrumentos previsto na Lei da Reurb e titular com o direito de propriedade os ocupantes que iniciaram os procedimentos de regularização fundiária urbana previstos pela Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, e não concluídos.

Reis e Lelis (2018) afirmam que a escolha desse instrumento jurídico de regularização fundiária teria natureza de ato administrativo discricionário, apesar de não haver qualquer indicação legal nesse sentido. A partir desse raciocínio, os legitimados somente teriam o direito subjetivo de requerer o processamento da Reurb. Caberia ao Município e ao Distrito Federal a conveniência e oportunidade na eleição do instrumento mais adequado a ser implementado na regularização.

De acordo com os autores, nos casos de aplicação de legitimação fundiária em área privada, a natureza seria de expropriação. Alegam que se estaria diante de um confisco de bem, vedado pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/88 (REIS; LELIS, 2018). No mesmo sentido, aponta Rosenvald (s.d.):

(...) De fato, a legitimação fundiária de bens particulares mais se assemelha a uma desapropriação extrajudicial, na qual, ausentes balizas, o titular de um terreno invadido em 2016 será expropriado sem direito a indenização, caso a municipalidade considere que a ocupação estava consolidada. Cria-se uma fuga da usucapião pela via oblíqua, eximindo-se dos requisitos do lapso temporal e do “animus domini”.

No entanto, em se tratando de área pública, a transferência do bem ao particular por meio da legitimação fundiária se assemelharia aos contratos de compra e venda e doação, especialmente por força do art. 71, que dispensa a desafetação e as exigências previstas no inciso I do *caput* do art. 17 da Lei nº 8.666/1993.

Reis e Lelis (2018) defendem ainda que se considerarmos a natureza do ato como vinculada se estaria diante de uma hipótese de usucapião de bem público, vedada pela Constituição Federal, em seu art. 183. Rosenvald (s.d.) ao tratar da matéria afirma que:

(...) ao versar sobre a aquisição originária de bens particulares na Reurb-S, não se encontra menção na lei ao direito de indenização por parte dos proprietários que

perderão a sua titularidade originária, o que presume um aparente “confisco” – que não coincide com as justificadas hipóteses constitucionais de desapropriação-sanção pelo cultivo de psicotrópicos ou recurso ao trabalho escravo.

Por esses e outros pontos levantados pela doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores foi proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR) a ADI 5.771/DF, em face da Lei nº 13.465/2017, como se passa a analisar.

A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA E O QUESTIONAMENTO DA SUA CONSTITUCIONALIDADE PELA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.771/DF

A ADI 5.771DF, com pedido de medida cautelar, foi proposta pela PGR, objetivando a declaração de inconstitucionalidade integral do disposto na Lei Geral de Regularização Fundiária. Dentre os argumentos elencados mais relevantes pela PGR estão:

1. Os vícios relacionados à ausência dos requisitos de relevância e urgência, bem como à regulamentação de matéria vedada pela Constituição, na via da medida provisória, não são afastados pela sua conversão em lei.
2. Medida provisória que se propõe a reestruturar a legislação sobre regularização fundiária urbana e rural não atende ao requisito de urgência, previsto no art. 62, caput da Constituição. (BRASIL, 2017).

De acordo com a fundamentação da PGR, a lei federal buscou resolver problemas estruturais existentes sobre questões agrárias, relativas à grilagem de terra e ao desmatamento. Na parte urbana, a finalidade legislativa era solucionar problemas de decênios sobre o crescimento desordenado das cidades, por meio da titulação dos beneficiários. Todavia, tais impactos já experimentados a muito tempo na realidade brasileira, não são objetos para serem tratados por meio de uma medida provisória, que estende o vício formal na conversão em lei, com a usurpação da função legislativa do Congresso Nacional.

Acrescido o argumento de que certos instrumentos dependiam de regulamentação por normas infralegais, carecendo de *periculum in mora* necessário para justificar a edição da medida. Prossegue a Procuradoria alegando que:

- (...)
5. A Lei 13.465/2017 extrapolou a competência da União para legislar sobre normas gerais de direito urbanístico (Constituição, art. 24, I) e avançou sobre a competência dos Municípios (Constituição, arts. 30, I e VIII e 182, §2º), ignorando a posição de protagonismo desses entes acerca das matérias urbanísticas. (BRASIL, 2017).

A regularização fundiária urbana prevista na lei federal exorbitou a competência da União para dispor sobre normas gerais, usurpando a competência legislativa dos Municípios de

ordenar seu território a luz de sua realidade. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu: “(...) os Municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor” (BRASIL, 2016).

Assim, a competência do ente municipal não se exaure na elaboração do plano diretor, podendo editar atos legislativos para tratar sobre política urbana em consonância com o primeiro.

Nessa esteira, o art. 11, I da lei federal ao definir o núcleo urbano, para efeitos da Reurb e da aplicação de seus institutos, considera a extensão da área, independentemente da propriedade do solo, ainda que situado em área qualificada ou inscrita como rural, independentemente de previsão a respeito no plano diretor. O STF já emitiu decisão no sentido de que qualquer legislação que disponha em sentido contrário ao plano diretor dependerá de uma prévia e específica alteração desse instrumento.

Ainda se chama a atenção na ADI 5.771/DF para o argumento de que:

(...)

10. O instituto da legitimação fundiária não se coaduna com a vedação de usucapião de imóveis públicos (Constituição, art. 183, §3.º), o regime de usucapião de imóveis privados (Constituição, art. 183, caput) e a exigência de prévia e justa indenização para desapropriação por necessidade ou utilidade pública (Constituição, art. 5.º, XXIV). (BRASIL, 2017).

Em relação à legitimação fundiária, a ADI 5.771/DF invoca o argumento de que há critérios a serem verificados em relação a ocupação do imóvel objeto de regularização nas situações concretas.

Os critérios legais estabelecidos têm natureza de conceitos jurídicos indeterminados, tais como, “de difícil reversão, considerados o tempo da ocupação”, “natureza das edificações”, “localização das vias de circulação e a presença de equipamentos públicos”, “outras circunstâncias a serem avaliadas pelo Município”, “destinação urbana”.

De acordo com Cunha (2018, p. 146), o que a lei pretende é “inibir a formação de novos núcleos informais, tenha como beneficiário alguém já titulado em outra regularização”. Em seus argumentos a PGR reforça que:

Não se verifica justificativa razoável para que o instituto da legitimação fundiária esteja isento de critérios definidos, ao tempo, ao modo e à área da ocupação. (...) A destinação de terras públicas a particulares pauta-se pelo interesse público, que deve se orientar pelos princípios da função social da propriedade urbana e das funções sociais da cidade. O instituto é incompatível com o sistema constitucional de proteção da propriedade. (BRASIL, 2017)

A legitimação fundiária constitui uma intervenção do Estado na propriedade privada e na destinação de terras públicas. Portanto, deve observar os preceitos constitucionais mínimos sobre a ocupação e a ausência de previsão de indenização sobre áreas privadas.

Ainda é sustentado a ofensa do princípio da isonomia na instituição de requisitos mais rigorosos para população de baixa renda usufruir de política pública de regularização fundiária urbana, em relação aqueles fixados na Reurb-E.

CONCLUSÕES

A regularização fundiária urbana, como instrumento de política urbana, deve ir além da formalização da propriedade, garantindo o direito à cidade e à moradia digna, que abrange habitação, trabalho, lazer, mobilidade, educação, saúde e desenvolvimento sustentável.

Conforme analisado, a possibilidade de violação material do novo marco legal face a Constituição federal, dentre outros pontos, versa sobre a distribuição de títulos dominiais, decorrentes da privatização de terras, sejam públicas ou privadas, desprovida de regras claras sobre os limites do direito de habitação e dos procedimentos de regularização fundiária urbana. Apesar da finalidade legislativa seja, em um primeiro momento, a formalização de titulação, essa deve se atrelar a garantia da integração dos ocupantes dos imóveis à vida urbana.

Embora a legitimação fundiária seja um instrumento de vanguarda, pois confere ao beneficiário um modo de aquisição originária do direito real de propriedade pública ou privada ocupada em área objeto de regularização fundiária, pesa sobre esse instituto a alegação de inconstitucionalidade, uma vez que excepcional a regra constitucional da vedação de usucapião de imóveis públicos (art. 183, §3.º, da CRFB/88), o regime de usucapião de imóveis privados (art. 183, *caput*, da CRFB/88) e a exigência de prévia e justa indenização para desapropriação por necessidade ou utilidade pública (art. 5.º, XXIV, da CRFB/88).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº. 13.465, de 11 de julho de 2017.** Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n^{os} 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória n^o 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n^{os} 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n^o 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei n^o 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 set. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº. 9.310, de 15 de março de 2018.** Institui as normas gerais e os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana e estabelece os procedimentos para a avaliação e a alienação dos imóveis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9310.htm>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6015-31-dezembro-1973-357511-norma-actualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1875962/AM.** Apelação Cível. Direito Urbanístico. Ação Civil Pública. Responsabilidade do ente municipal. Regularização loteamentos clandestinos. Precedente STJ. Sentença Mantida. Recurso Desprovido. Recorrente: Município de Manaus. Recorrido: Ministério Público do Estado do Amazonas. Relator: Min. Gurgel de Faria, 01 de julho de 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&seq_uencial=111040622&num_registro=202001225114&data=20200701>. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 609.740/DF. Constitucional. Ordem Urbanística. Competências Legislativas. Poder normativo municipal. Art. 30, VIII e art. 182, caput, da Constituição Federal. Plano Diretor. Diretrizes básicas de ordenamento territorial. Compreensão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10351534>>. Acesso em: 05 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.771/DF.** Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, face ao disposto na Lei Federal n^o 13.465, de 11 de julho de 2017, que “dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da

Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União” e altera numerosas outras leis. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255150>>. Acesso em: 07 out. 2020.

CARMONA, P. A. C.; MENDES, L. J. M.. Função social da cidade: norma princípio, cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado? **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, n. 65, p. 28, abr./maio 2016.

CORREIA, A. F. Direito da regularização fundiária urbana e autonomia municipal: a conversão da Medida Provisória n.º 759/2016 na Lei Federal n.º 13.465/2017 e as titulações da Prefeitura da cidade do Rio de Janeiro no primeiro quadrimestre de 2017. *In*: PENALVA, A.; CORREIA, A.F.; MARAFON, G.J.; SANT'ANNA, M.J.G. (eds.). **Rio de Janeiro: uma abordagem dialógica sobre o território fluminense** [online]. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018, p. 192-232. Disponível em: < <http://books.scielo.org/id/tkysm/pdf/penalva-9788575115169-09.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

CUNHA, M. F. F. **Manual de regularização fundiária urbana** – Reurb. 1. ed., 5. tir., Salvador: JusPodivm, 2019.

REIS, E. M.; LELIS, N. Legitimação fundiária – Natureza jurídica e aplicabilidade prática. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 13, n. 75, dez. 2017/jan. 2018, p. 47-63, 2018.

SOUZA, J. R.; SILVA, R. M. A. **Regularização fundiária urbana após a lei nº. 13465/2017**. 2019. 21 f. Artigo Científico (Especialização em Direito Imobiliário), Centro Universitário UNIFAMETRO, Ceará, 2019. Disponível em: < <http://repositorio.unifametro.edu.br/jspui/bitstream/123456789/52/1/JOS%20REUDSON%20DE%20SOUZA%20-%20ROZANA%20MARIA%20ARA%20c3%9aJO%20DA%20SILVA.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

A necessidade de proteção das minorias decorrente da desigualdade social no Brasil

Camila Rabelo de Matos Silva Arruda¹

Resumo

A pesquisa trata da necessidade da proteção do Estado para assegurar a dignidade dos grupos vulneráveis. As minorias não são numericamente inferiores, mas representam grupos que precisam de uma especial proteção estatal. A proteção aos Direitos Humanos traz uma visão de que é necessário proteger a dignidade da pessoa humana, dando a todos um tratamento para efetivar a cidadania. A presente pesquisa busca responder a seguinte pergunta: De que forma a proteção constitucional dos direitos das minorias efetiva o Estado democrático de direito? As discussões sobre a temática permeiam a sociedade em busca de uma sociedade justa e igualitária.

Palavras-chave: Proteção do Estado; Dignidade da pessoa; Direitos humanos.

Abstract

This research deals with the theme of the need for State protection to ensure the dignity of vulnerable groups. Minorities are not numerically inferior but represent groups that need special state protection. The protection of Human Rights brings a view that it is necessary to protect the dignity of the human person, giving everyone treatment in order to make citizenship effective. This research seeks to answer the following question: How does the constitutional protection of minority rights effect the democratic rule of law? Discussions on the theme permeate society in search of a just and egalitarian society.

Keywords: Protection of the State; Dignity of the person; Human rights.

INTRODUÇÃO

O Brasil é uma país que apresenta relevante desigualdade social. Essa desigualdade surgiu do processo de colonização do país, pautou-se na exploração da mão de obra e dos recursos naturais.

¹ Mestre e Doutora do PPGD/UVA. Professora da Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa reconhecido pela Universidade Veiga de Almeida no CNPq: Efetivação dos Direitos Fundamentais em suas diversas dimensões e do CONPEDI. E-mail: profcamilaarruda@gmail.com

Historicamente, a exploração de mão de obra escrava, bem como a estratificação social, foi o modelo adotado pela sociedade brasileira até a libertação dos escravos em 1888. A libertação dos escravos não foi uma política que buscou a inclusão, o objetivo principal era conter as revoltas internas e manter o apoio dos abolicionistas ao império.

Enfatiza-se que a ausência de políticas públicas para o combate a desigualdade social acabou por causar uma desigualdade ainda maior na sociedade brasileira. Além da desigualdade racial, a social também chamava muita atenção da sociedade.

Somente um grupo da sociedade exercia os direitos políticos, bem como, poderia ser proprietário de títulos e de terras, tudo era controlado pelo imperador. Outros grupos eram invisíveis na sociedade, tais como: mulheres, crianças, escravos, imigrantes, índios dentre outros. Esses grupos não tinham a proteção social e nem proteção legal, sendo excluídos da sociedade a época, dependendo financeira e socialmente da aristocracia da época.

A Constituição cidadã de 1988, preocupada em assegurar os direitos fundamentais, incluiu uma proteção especial às minorias. Enfatiza-se que a minoria não necessariamente é formada por um grupo numericamente menor, atualmente algumas minorias representam um grupo numericamente menor, a exemplo das mulheres e dos negros.

A presente pesquisa busca uma análise crítica dos direitos fundamentais de proteção às minorias e a efetivação desses direitos. Buscando entender a proteção das minorias o estudo busca responder a seguinte problemática: De que forma a proteção constitucional dos direitos das minorias efetiva o Estado democrático de direito?.

Para responder a essa pergunta foi traçado o seguinte objetivo geral: analisar a importância da proteção constitucional para assegurar os direitos do homem. A fim de alcançar o objetivo geral foram traçados os seguintes objetivos específicos: Reconhecer o conceito de minorias; Analisar a importância constitucional para assegurar os direitos do homem; Analisar os Direitos Fundamentais em relação a efetivação dos direitos do homem; Verificar a composição de minoria; Conhecer a importância da proteção dos direitos das minorias.

Para alcançar esses objetivos foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica em livros, artigos e sites da internet.

1 A IMPORTÂNCIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL PARA ASSEGURAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO HOMEM

No período final do século XVIII surgiu o Estado contemporâneo que teve como principal função evitar os abusos cometidos pelos governantes. Isso se deu, por consequência dos atos cometidos pelos governantes que imbuídos em se manter no poder, descumpriam as leis dos Estados em prol de seus interesses pessoais. As classes mais abastadas eram

privilegiadas, enquanto a maior camada da sociedade sentia-se oprimida e constantemente vulnerável e invisível aos olhos do soberano.

Montesquieu, através da indução, concluiu imprestável o governo despótico por representar a própria institucionalização do abuso do poder (MONTESQUIEU, 2008). No governo despótico, o exercício do Poder se dá pela força e coerção. Já nos governos aristocráticos e democráticos, Montesquieu sustentou, que as desigualdades sociais e o excesso de riquezas favorecem o abuso de poder econômico e por conseguinte, fomentam o tratamento desigual entre os cidadãos. (MONTESQUIEU, 2008)

Após a insurgência dos cidadãos em relação ao comportamento despota de seus governantes, através das revoluções, houve uma reformulação do papel do Estado, onde o governo seria fortalecido por suas leis e não pelos seus homens, ou seus exércitos. Em dissonância ao anteriormente praticado, a busca por assegurar a proteção aos direitos dos homens surgiu o *Estado de Direito*.

O Estado de Direito se reflete no Poder Político preso ao Direito Objetivo que exprime o direito como o justo (FERREIRA FILHO, 2011). Montesquieu explana em sua obra:

As leis do Estado são normas jurídicas elaboradas de acordo com as condições em que vive a sociedade. Os homens não as formulam “unicamente pela sua fantasia”. As normas impostas pelos déspotas — “por sua vontade e seus caprichos” — não constituem leis verdadeiras. São leis apenas formalmente. (MONTESQUIEU, 2008)

A Constituição exerce um importante papel dentro da sociedade, uma vez que representa “a lei das leis”, através dela busca-se construir um governo formal, organizado, que assegura os direitos do homem. Através da ideia da tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu, onde o exercício de freios e contrapesos, em que cada poder tem seu papel em assegurar os direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Zigmund Bauman (2007) em sua obra *Tempos líquidos*, trouxe a discussão acerca da importância da proteção trazida pela Constituição para as pressões exercidas pelo mercado no Estado moderno:

A retirada do Estado da função em que se baseavam, na maior parte do século passado, suas reivindicações de legitimidade tornam (sic) a deixar a questão da legitimidade em aberto. Um novo consenso sobre a cidadania ("patriotismo constitucional", para usarum termo de Jürgen Habermas) não pode ser construído atualmente da maneira como o era não faz muito tempo - **mediante a garantia de proteção constitucional contra os caprichos do mercado, famoso por dilapidar as posições sociais e por sabotar os direitos à estima social e à dignidade pessoal**. A integridade do corpopolítico em sua forma atualmente mais comum de Estado-nação está em apuros, e assim é necessário procurar urgentemente uma legitimação alternativa (grifo nosso).

No início do período republicano a preocupação das constituições era a proteção aos direitos do homem, através dos direitos individuais ou civis, visando limitar a atuação da atividade estatal e o exercício do direito de resistência do indivíduo ao abuso de autoridade e as arbitrariedades da atuação do Poder estatal.

Na visão de Canotilho o Estado de direito é um Estado constitucional (1941, Pág. 245). A Constituição é uma norma de ordenamento jurídico vinculante e que integra todos os poderes públicos. O ordenamento firmado pelas normas constitucionais fundamentais dotadas de supremacia vinculante, ou seja, do princípio da supremacia da constituição. Através do princípio da soberania da constituição chega-se ao princípio do Estado de direito.

A dignidade da pessoa humana é um conceito de origem antropológico que concebido e estabelecido na Constituição e densificado de forma a assegurar os direitos, liberdades e garantias fundamentais.

Canotilho *at al* trouxeram a visão sobre o Estado social baseado em seus princípios fundantes e estruturantes e o princípio da socialidade que busca assegurar o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais, sendo a garantia dos direitos sociais um pressuposto de articulação do direito e da economia intervencionista no Estado através de um mercado globalizado. (2015, pág. 18)

Houve uma grande preocupação em relação ao Estado como protetor e garantidor dos direitos fundamentais. Essas garantias são previstas no direito pátrio através dos direitos sociais. O papel da busca de uma sociedade justa, através da prestação dos serviços públicos, trouxe uma responsabilidade para o Estado em gerir os recursos públicos visando o bem estar comum.

O reconhecimento do direito social assegura o cumprimento do princípio democrático, através dele, surge o conceito de tratamento igualitário entre os cidadãos. A construção do Estado democrático baseia-se num Estado com justiça distributiva, ou seja, não pode ser concebido através da miséria, fome, ignorância e exclusão das pessoas.

Os direitos sociais devem ser assegurados de forma igualitária, estes direitos pressupõem uma prestação positiva do Estado que não tem origem gratuita como tendenciosamente se propaga. A manutenção dos direitos sociais é cara e não consegue atender a toda a demanda da população, isso se dá, por conta da distribuição heterogênea da renda e dos serviços públicos prestados e concedidos.

A concepção de democracia se dá pelas participações políticas, popular e por uma justiça distributiva no plano social. A base da democracia é constituída dos direitos fundamentais e vai até a efetividade na prestação dos direitos sociais.

A desigualdade gerada pela má distribuição de renda aumenta a vulnerabilidade da população. O Brasil apresenta uma má distribuição de renda, a concentração da 42% da renda

total do Brasil está concentrado em 10% da população mais rica (ONU, 2019). Este fator gerador de desigualdade aumenta a dependência da maior parte da população que tem a menor concentração de renda, a assistência social prestada pelo Estado.

O programa social de transferência de renda para pessoas mais pobres que vivem à margem da sociedade não se percebe como algo que era claro para os antepassados: o objetivo final da comunidade é sobreviver, se possível oferecendo qualidade de vida a cada um dos integrantes do grupo. A “riqueza” nessa comunidade é, portanto, somente um meio para que esse objetivo final seja alcançado. Não é uma finalidade da comunidade o enriquecimento, e sim, a sobrevivência de todos do grupo.(MOREIRA, 2019)

O problema surge na limitação que o poder público tem para fomentar a distribuição de renda menos desigual, uma vez que, boa parte das riquezas está concentrada nas mãos da iniciativa privada (MOREIRA, 2019, pág 50). Mesmo que a elaboração das leis esteja sob a responsabilidade do poder público, a sua aprovação é responsabilidade dos representantes eleitos, ou seja, as leis são criadas para estimular o processo do acumulação de riquezas por uma parte pequena da sociedade promovendo, assim, uma desigualdade cada vez maior.(MOREIRA, 2019, Pág. 67)

Em uma sociedade democrática que representa os interesses do grupo como um todo, os investimentos do poder público devem seguir um planejamento que não sofra grandes alterações e que busquem suprir as necessidades da sociedade. O problema é que os interesses das classes dominantes podem ser conflitantes com os investimentos do poder público, uma vez que as políticas públicas visam atender ao interesse da coletividade, enquanto a classe dominante tem o interesse de manter a submissão e a dependência das classes mais pobres.

Amartya Sen (2000) tratou da questão do modo operacional do sistema econômico de forma que transcende a vulnerabilidade e entra na esfera das privações de necessidades básicas, para a manutenção da dignidade de vida. Na visão do autor, faz-se necessária a construção de uma rede de segurança social capaz de densificar uma segurança protetora, onde, a população afetada tenha reduzida sua condição de miséria evitando a fome e a morte precoce por doenças de fácil profilaxia.

A segurança protetora traz medidas para estabelecer condições mínimas de vida, essas são medidas fixas, que asseguram aos desempregados, aos idosos, mesmo que tenham feito contribuição ao órgão previdenciário e aos portadores de necessidades especiais e aos idosos oriundos de trabalho agrícola, o benefício de prestação continuada pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

A Constituição vincula os agentes públicos e a sociedade ao seu cumprimento. No que tange aos Direitos Fundamentais podem ser tratados considerando a visão constitucionalista adotada, de proteção a dignidade humana. Ao tratar da proteção aos direitos fundamentais, são consideradas tanto as prestações negativas quanto as positivas do Estado.

Na visão de Canotilho (2015, Pág 11-12) o objetivo era tratar da posição jurídico-prestacional com ênfase nos direitos de defesa, onde foi reconhecido que o Estado, os poderes públicos e o legislador estão vinculados a proteger e a garantir as prestações existenciais, porém, a doutrina e a jurisprudência desenvolvem uma posição cada vez mais conservadora, conforme descrito a seguir:

- (i) as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência condigna;
- (ii) são consideradas mais como dimensões de direitos, liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais; e
- (iii) a posição jurídico-prestacional descreve primariamente em deveres objetivos do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da Constituição.

Com essa visão, assegura-se que o mínimo existencial deve ser cumprido, ou seja, a importante visão de que cabe ao Estado estabelecer as condições mínimas de sobrevivência através da atividade prestacional e da aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Destaca-se a distinção existente entre os direitos constitucionais sociais e a adoção de políticas públicas pelo Estado. A adoção das políticas públicas pode ser altamente prejudicada pela crise do Estado Social, causada em grande parte pela globalização e pela valorização da cultura do “ter” e não do “ser”.

A valorização dos direitos sociais, vinculada a proteção do Estado aos Direitos Fundamentais estabelecido pelo artigo 5º na Constituição Federal da República do Brasil, denominada Constituição cidadã, trouxe a discussão quanto a efetividade desses direitos numa sociedade com tantas desigualdades sociais.

Na vertente trazida pela Constituição da República Federativa do Brasil CRFB/88 (BRASIL, 1988), analisa-se os aspectos sociológicos, antropológicos, ideológicos da carta magna, bem como, a busca do equilíbrio social através da proteção a dignidade da pessoa e do Estado garantidor dos direitos sociais; a regulação e proteção ao direito do consumidor; a eficácia e eficiência dos serviços públicos, e de um governo democrático, transparente e difusor da justiça social.

O Estado social é fundamentado nos princípios fundantes e estruturantes, soma-se ainda o princípio da socialidade que reconhece as garantias dos direitos sociais que tratam da proteção do Estado ao cidadão, através de uma sociedade fundada em uma economia globalizada, normatizada e regulada pelo ente Estatal.

Discorre-se sobre o Estado social, exercido através de um Estado que busca planejar e desenvolver políticas públicas de atendimento aos direitos sociais do cidadão.

Alinhado a visão constitucionalista atual, pode-se organizar, no enfoque jurídico positivo em:

- a) Direitos fundamentais de proteção a liberdade ou direitos de resistência, chamadas de cláusulas limitativas do Estado no exercício à cidadania, configuram os direitos fundamentais de primeira geração.

Canotilho trata esta proteção como sendo direito a *actos* (grifo nosso) negativos, onde caberá ao Estado o papel de assegurar o exercício pleno desses direitos, não necessitando da atuação direta do Estado na prestação de serviços públicos.(CANOTILHO, 2010, Pág 1258)

- b) Direitos protetivos do indivíduo diante das necessidades materiais, visam diminuir as desigualdades sociais e atender as necessidades públicas, que propicia vida digna a todos e configuram os direitos fundamentais de segunda geração (ARAÚJO, 2018, Pág 181)

Canotilho chama de Direitos protetivos a ação positiva do Estado, ou seja, caberá ao Estado a prestação *fáctica* (grifo nosso) inerente ao direito à segurança social e os *actos* (grifo nosso) positivos de natureza normativa (proteção do direito à vida através de normas penais) (CANOTILHO, 2010, Pág 1259).

- c) Direitos protetivos da preservação do ser humano, aqueles voltados a vida em sociedade e a preservação da espécie humana (solidariedade, paz, desenvolvimento, comunicação social, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade, autodeterminação dos povos) e configuram os direitos fundamentais de terceira geração, que visam a ação protetiva para as presentes e futuras gerações, pensando, no bem estar do mundo e na sua preservação e garantia de melhores condições de vida (FERREIRA FILHO, 2011, Pág 75-82).

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS BUSCANDO A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DO HOMEM

Muito se discute sobre os conceitos de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Embora os objetivos do Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais sejam estabelecer a proteção a dignidade da pessoa humana, conceitualmente, existe uma diferença entre os dois ramos do direito.

A criação do termo Direitos Humanos, surgiu no pós segunda guerra, para a proteção dos direitos do homem. Com a criação da ONU, em 1945, os direitos humanos passaram a ser o centro das discussões dos países membros. (ONU, 1945)

Os Direitos Humanos estão diretamente ligados ao Direito Internacional Público, onde através dos Tratados, estabelecem a proteção aos direitos humanos na ordem internacional. Os países membros se comprometem a cumprir as normas de Direitos Humanos estando as normas internacionais incorporadas ao Direito brasileiro.

Na Teoria Geral dos Direitos Humanos na visão de André de Carvalho Ramos, a ausência de uma teoria sistematizada de direitos humanos marca a orientação para decisões futuras, deslegitima-se o próprio intérprete internacional, que muitas vezes terá que avaliar atos estatais aprovados por *maiorias* democráticas, mas violadores de direitos humanos de *minorias* (RAMOS, 2012, Pág. 24).

Os Direitos Fundamentais podem ser conceituados como sendo os direitos originados nas normas internas, ou seja, pertencem ao direito interno, estão sujeitas a jurisdição do país e proporcionam a adoção de um sistema de leis, que no Brasil traz a previsão na Constituição de 1988, buscando assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Enquanto os Direitos Fundamentais protegem os direitos do cidadão, ou seja, da pessoa, na ordem interna; os Direitos Humanos protegem os direitos na ordem internacional, através da proteção as arbitrariedades do Estado, que estão sob sua jurisdição. Nos direitos humanos são estabelecidos direitos mínimos que os Estados devem assegurar sujeitos, portanto, a responsabilização na jurisdição das Cortes Internacionais.

O campo de atuação dos Direitos Humanos, por ser mais extensa, e aplicado na esfera internacional, atende aos homens independentemente de sua nacionalidade. Os Direitos Fundamentais positivados no direito interno abrangem os direitos previstos no texto Constitucional e a todas as pessoas indistintamente, brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros no território nacional (redação dada pelo estatuto do migrante Lei nº 13445/17, art. 4º).(BRASIL, 2017)

Os Organismos internacionais, no que tange a tutela dos Direitos Humanos, exercem suas atividades buscando atender três aspectos: promoção, controle e garantia (BOBBIO, 1992). Esses três aspectos buscam auxiliar na efetivação dos direitos humanos.

- 1) A promoção por definição são as ações tomadas para alcançar dois objetivos:
 - a) apoiar os Estados que não tutelam especificamente sobre os direitos do homem em sua norma legal, para que o façam;
 - b) induzir para o aperfeiçoamento, através da readequação e reformulação desses direitos tutelados, quando não efetivados.
- 2) O entendimento sobre controle perpassa o conjunto de medidas tomadas pelos organismos internacionais a fim de verificar o atendimento das recomendações e convenções pelos Estados. Esse controle pode ser realizado de duas formas:

- a) Os relatórios que são elaborados pelos Estados signatários descrevendo as ações que serão realizadas para dar cumprimento ao convencionado.
- b) Os comunicados onde um Estado denuncia descumprimento do convencionado por outro Estado-membro.
- 3) A definição de garantia, assume um sentido estrito, uma vez que é a efetivação da tutela jurisdicional de nível internacional, ou seja, a atuação internacional quando o Estado não conseguir oferecer as garantias necessárias a vida digna das pessoas.

O Estado constitucional busca assegurar os direitos e garantias fundamentais para uma vida digna em sociedade, positivando o princípio da isonomia. Esse princípio busca a preservação do Estado democrático de direito através do exercício regular do direito e a do tratamento digno, do qual os seres humanos não podem dispor.

A igualdade na inclusão, pressupõe justiça social, ou seja, a forma de tratamento que cada grupo minoritário tem, para atender as necessidades de proteção de acordo com as diferenças apresentadas.

A liberdade igual, ou seja, a igualdade por definição, é a igual possibilidade de inclusão de pessoas em um sistema social heterogêneo. A fim de que se desenvolva esse princípio de igualdade, faz-se necessária a inclusão social, respeitando-se as diferenças individuais, desta forma, promovendo a justiça social e a igualdade de condições de acesso aos direitos sociais. O desenvolvimento de metas e de indicadores são instrumentos que auxiliam os Estados a estabelecer e rever suas políticas públicas destinadas a garantir a inclusão do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados.

Bobbio (1992) menciona sobre as dificuldades encontradas para a realização dos direitos em relação aos homens, dizendo que nem tudo que é desejável é merecido, ou pode ser realizável. Nessa visão pode-se verificar a distância entre o ideal, o possível e o exequível. A promoção desses direitos não pode depender apenas da boa vontade em garanti-los, mas deve pautar as políticas públicas dos Estados para a proteção e garantia dos direitos sociais e da melhoria da qualidade de vida.

Canotilho *at al* (2015, Pág.21-22) descreve a questão da dificuldade dos Estados em assegurar a efetividade dos direitos sociais face as dificuldades financeiras encontradas por estes para atender toda a demanda existente, para a inclusão e a oferta universal destes serviços:

Mas como poderá o Estado Social continuar a desempenhar essa função de inclusão em um contexto global de progressiva carência de meios financeiros? como alicerçar expectativas sabendo-se, à partida, que é muito difícil preencher os pressupostos da sua realização? na verdade, algumas das críticas mais persistentes contra o estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a esta ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir. Isso pode ilustrar-se facilmente por meio de três tópicos, hoje correntes na literatura

“globalizadora”: 1) mercado global de concorrência; 2) redução de despesas públicas e 3) O comércio eletrônico e as transações telemáticas.

As minorias, assim como os grupos vulneráveis, necessitam de políticas públicas que efetivem as normas estabelecidas na Constituição Federal conforme expresso no caput do artigo 5º o princípio da igualdade: “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(...)”.(BRASIL, 1988)

Cabe ao Estado, através da prestação de serviços públicos e das políticas públicas, promover meios financeiros para assegurar o cumprimento do princípio da igualdade e a isonomia de tratamento aos grupos minoritários e vulneráveis, que serão descritos a seguir.

3 AS MINORIAS E OS GRUPOS VULNERÁVEIS

As sociedades em torno do mundo são heterogêneas, ou seja, as pessoas e os grupos sociais apresentam características diversas. Essas características podem ser culturais, linguísticas, religiosas, raciais, sociais e comportamentais.

As características desses grupos fogem a visão tradicional do grupo de maior *status* dentro da sociedade, por isso, a Constituição buscou a proteção desses grupos dentro dos direitos fundamentais por serem esses grupos considerados “diferentes”.

Por serem de grupos com especificidades, as normas gerais nem sempre atendem as necessidades de cada grupo, deixando-os vulneráveis aos abusos do Estado e dos comportamentos discriminatórios da sociedade, que se encontra despreparada para aceitar e lidar com as diferenças existentes.

As minorias são aquelas que precisam de uma proteção especial do Estado, tendo em vista que, pela estrutura do sistema, acabam sendo esquecidos pela sociedade, ficando a própria sorte em busca de condições mínimas de vida. (SIQUEIRA E SILVA, 2013, Pág 23). A busca pelas condições de vida igualitárias entre todos, é uma constante meta para a visibilidade desses grupos sociais.

O tratamento desigual desses grupos minoritários, não pode ser aceito, uma vez que a Carta Magna prevê que todos são iguais perante a lei. Essa garantia de igualdade é assegurada no caput do artigo 5º, e protege as minorias e não somente as classes mais privilegiadas.

A sociedade internacional, desde o pós guerra, tem tratado da questão das minorias, buscando, através de tratados e pactos internacionais a proteção dessas no cenário internacional. Os Estados têm a discricionariedade da adoção dessas normativas na ordem jurídica interna, sendo esse ato, uma aceitação ao pactuado. A ratificação desses tratados configura, uma das

faces do exercício da soberania dos Estados.

Canotilho (2010, Pág 387) manifesta-se sobre o conceito de minoria nos seguintes termos:

Minoria será fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas, que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação de igualdade de facto e de direitos com a maioria (grifo nosso).

As minorias e os grupos vulneráveis devem ter uma atenção especial dos Estados, por serem um grupo reconhecido por este nome, porém em alguns países eles representam um grupo numericamente maior.

Aurélio Buarque de Holanda (2018), em seu dicionário, traz esse conceito como sendo: Inferioridade em número. A parte menos numerosa (de um corpo deliberativo).

O foco principal do estudo desses grupos é destacado por seu conceito, visto por um prisma antropológico, o valor não será focado no caráter quantitativo, mas sim, no qualitativo desses grupos. A normatização internacional, ou seja, as normas de direitos humanos e a norma constitucional assegurada pelos direitos fundamentais, deixam clara a posição de proteção e efetivação dos Direitos Humanos, tomada pela República Federativa do Brasil, concedida a todos os seus cidadãos, sem possibilidade de discriminação de quaisquer grupos sociais.

A proteção aos vulneráveis, ressalta a necessidade de concretização do princípio da igualdade dentro do sistema democrático pátrio para que se crie uma verdadeira rede de proteção dos seres humanos, membros de grupos minoritários ou majoritários, os tornando cidadãos na mais ampla acepção da palavra.

O conceito de minorias pelo direito internacional compreende, na visão de Valério Mazzuoli (2014, Pág 179), uma configuração de categorias de pessoas social e historicamente menos protegidas pelas ordens domésticas o que tem levado o direito internacional público a estabelecer padrões (*standards*) mínimos de proteção, tanto em âmbito global como nos contextos regionais.

Em relação ao estudo das minorias, o próprio conceito reflete as dificuldades e consequências de sua efetivação, além das dificuldades enfrentadas por esses grupos perante o direito, sem que se perca de vista o objetivo maior que é promover a integração dos grupos mais discriminados às parcelas majoritárias da população na direção de eliminar pré-conceitos geradores de estereótipos, preconceitos e ações discriminatórias no tocante as minorias (BORGES E ARRUDA, 2017, Pág. 64).

No que diz respeito a conceituação desses grupos, nem mesmo a Organização das Nações

Unidas conseguiu formalizar um conceito universalmente aceito. A Declaração Universal não tratou particularmente dos Direitos das Minorias, o que faz do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 ser o primeiro instrumento normativo internacional do sistema mundial regido pela ONU a tratar o tema, mesmo assim, não há uma definição concreta, apenas a exigência do respeito aos direitos desses grupos, como evidenciado em seu artigo 27: (BRASIL, 1994)

Artigo 27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua. (BRASIL, 1994)

Uma vez que a legislação internacional não tratou especificamente de conceituá-las, passaram os doutrinadores a tratar dos grupos que necessitavam de um maior aporte de políticas públicas para a inserção dentro da sociedade.

Contudo, se comprova a necessidade da definição desses conceitos, motivo pelo qual a Subcomissão para a Prevenção da Discriminação e a Proteção das Minorias, criada pela ONU, busca estudos que resultaram na definição de minoria:

Um grupo numericamente inferior ao resto da população de um Estado, em posição não-dominante, cujos membros - sendo nacionais desse Estado - possuem características étnicas, religiosas ou linguísticas diferentes das do resto da população e demonstre, pelo menos de maneira implícita, um sentido de solidariedade, dirigido à preservação de sua cultura, de suas tradições, religião ou língua. (MAIA, 1995)

O conceito de minoria, então, não é meramente jurídico, mas sim possuidor de um amplo conteúdo antropológico e sociológico, uma vez que todos devem ter a mesma proteção dentro da sociedade. Nas situações conflituosas, os direitos das minorias acabam não sendo efetivados, dependendo da vontade de quem detêm o poder político para a elaboração de normas e políticas públicas voltadas para a proteção desses direitos.

Embora façam parte do “povo” formador do Estado Democrático de Direito, eles sofrem com a invisibilidade e a constante busca de ações sociais protetivas. A condição de invisibilidade se dá pela omissão do Estado em relação a esses grupos, que muitas vezes são tratados de forma discriminatória, até pelo próprio Estado, que ao invés de acolher, estabelece políticas que excluem ainda mais esses grupos.

O principal fator para a formação dos grupos minoritários se dá por questões históricas e culturais, onde no processo de colonização brasileira, somente um grupo tinha o poder concentrado em suas mãos e esse, tratava os demais como inferiores e servis em relação ao grupo dominante.

Esse comportamento histórico na sociedade brasileira trouxe para a sociedade atual, na

visão de Da Matta (1997, Pág 140) o comportamento hierarquizado, onde existindo conflitos, o indivíduo posiciona-se com uma superioridade em relação a esses grupos, como se a “maioria” detivesse “mais direitos a ter direitos”; os membros do grupo, dotados de um interesse individualizado, adotam um comportamento arrogante e arbitrário para se colocar um posição de confronto com aquele que ele considera socialmente inferiorizado.

As minorias compõem o “povo”, portanto, são dotados dos direitos e garantias individuais, sendo num Estado democrático dotados do poder constituinte originário. Rios Junior (2013, Pág 16) traz a visão sobre a proteção desses grupos no Brasil:

Embora seja patente a evolução da legislação brasileira, assim como do grau de proteção de indivíduos e grupos discriminados na seara constitucional, com a integração de instrumentos protetivos internacionais, mostra-se evidente a insuficiência de meios de que dispõem tais indivíduos e grupos de efetivação de seus direitos.

Em relação aos Direitos Fundamentais podem ser estabelecidas dois grupos minoritários diferentes, sendo eles:

a) Direitos individuais das minorias, ou seja, os direitos de cada cidadão de obter tratamento igualitário com os outros membros da sociedade, no que tange aos direitos fundamentais.

b) Direitos das minorias propriamente ditas, ou seja, o direito referente ao grupo minoritário em questão. (CANOTILHO, 1941, Pág 387)

A Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988) ao estabelecer no artigo 1º inciso III que como fundamento do Estado democrático de direito, a união indissolúvel da União, dos Estados, Municípios e Distrito Federal que assegurem a dignidade da pessoa humana, ou seja, esse dispositivo que configura também uma cláusula pétrea, demonstra a preocupação do legislador constituinte em estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos pilares deste Estado democrático.

A vulnerabilidade desses grupos minoritários tem como elemento comum a dificuldade de autoproteção, a necessidade de proteção especial do Estado, a distância entre os grupos sociais e a expressão social desses grupos em relação aos dominantes.

Não existe impedimento técnico para que eles sejam incluídos no grupo dos vulneráveis, uma vez que, o grupo dos vulneráveis compõem um gênero, ou seja, podem ser compostos de um grupo numericamente muito superior, enquanto as minorias ocupam a posição de não dominância em nossa sociedade.

É necessária a adoção de regras inclusivas, promovendo políticas públicas que busquem a igualdade em relação a “maioria”, desta forma, promovendo uma sociedade mais justa e

plural, com uma convivência pacífica entre os seus membros.

Cabe ao Estado a elaboração das normas para a integração e a inclusão das minorias e dos grupos vulneráveis, a sociedade tem lutado incessantemente para atingir esses objetivos através dos movimentos sociais.

Pode-se destacar também o papel das entidades de proteção desses grupos que buscam atuar junto da sociedade civil organizada para a elaboração de políticas públicas de proteção às minorias e aos vulneráveis; eles são responsáveis pela divulgação de dados, de campanhas educativas, de proteção as vítimas de discriminação e de abusos do Estado. A atuação dessas entidades é fundamental dentro de uma sociedade onde a justiça social ainda está muito distante da realidade desses grupos.

Consideram-se vulneráveis os grupos de pessoas que necessitam de uma proteção maior em relação aos direitos fundamentais. Vários aspectos são considerados para o enquadramento no grupo dos vulneráveis, principalmente as questões históricas envolvidas, que expõe ainda mais esses grupos a situações de violação de seus direitos individuais. Nas últimas décadas, houve um grande avanço no reconhecimento dos direitos desses grupos vulneráveis, que podem ser classificados da seguinte forma:

- a) ciganos;
- b) crianças e adolescentes;
- c) indígenas.
- d) LGBTTT;
- e) mulheres;
- f) negros;
- g) população de rua;
- h) portadores de deficiência;
- i) idosos;

Para evitar as discriminações e violações de direitos, no Brasil são estabelecidas políticas protetivas, através de ações afirmativas do Estado, onde este pretende corrigir os fatores históricos e culturais que afastaram esses grupos da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a construção de uma sociedade justa e pacífica, onde a desigualdade social não prevaleça, é necessário que haja uma especial proteção do Estado às minorias.

As minorias não são grupos numericamente menores, conceitualmente podem ser

numericamente maiores.

São chamados de minorias os grupos que devido a vulnerabilidade e a exclusão desses grupos sociais ou pela falta de oportunidades são destinatários das políticas públicas estatais.

A desigualdade social se originou no processo de colonização brasileira, onde houve a objetivação do homem (índios e negros) que serviam apenas como mão de obra.

Ao longo de séculos a desigualdade se apresenta ainda maior, atualmente 90 % da riqueza do Brasil está nas mãos de 10% da população. Essa má distribuição de renda aumenta a desigualdade social.

A Constituição de 1988, denominada Constituição cidadã, buscou a proteção de todos de acordo com o princípio da igualdade nos termos do artigo 5º e buscando assegurar os direitos humanos conforme o artigo 1º que serve como base para o Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais foram norteados pelas normas internacionais de direitos do homem. A dignidade da pessoa humana é o principal aspecto norteador da atual constituição. As minorias em sua essência necessitam de políticas públicas voltadas para atender as necessidades desses grupos vulneráveis, isso se dá pela prestação positiva do Estado através dos direitos sociais.

Essas minorias além da proteção do Estado através das normas, necessita também de políticas públicas de assistência e inclusão. Assegurar a esses grupos a inclusão não é um favor do Estado e sim uma obrigação inerente ao dever estabelecido na Constituição Federal.

Vários grupos são considerados minoritários por diversas razões, mas o que está previsto como base central é a vulnerabilidade desses grupos em relação a sociedade como um todo. É fundamental que o Estado estabeleça nos seus instrumentos de planejamento, políticas públicas que busquem a proteção e a inclusão dos grupos na sociedade.

É necessário o exercício do controle social para que haja a cobrança da efetividade das políticas públicas para todos os grupos minoritários. Alguns grupos minoritários são considerados invisíveis, não tendo políticas protetivas, pode-se citar os ciganos como um desses grupos.

Alguns grupos minoritários tiveram especial destaque na Constituição tendo através de Lei Complementar estabelecido a regulamentação dos aspectos protetivos, podendo destacar dentre esses grupos: crianças e adolescentes, idosos, portadores de necessidades especiais e refugiados. Destaca-se que a Constituição proíbe qualquer tipo de discriminação assegurando as liberdades e a inclusão de todos os grupos minoritários como forma de efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; Nunes Junior, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 22ª edição. Editora Verbatim. 2018. Pág. 181. AURÉLIO. **Dicionário do Aurélio Online**. 2018. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/minorias>>. Acesso em: 31 de Mar 2019.

BAUMAN, Zigmund. Tempos Líquidos; tradução Carlos Alberto Medeiros. – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.2007.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, Leticia Maria; ARRUDA, Camila R. de M. S. A Democracia concreta e as minorias. XXVI Encontro Nacional do Conpedi. Brasília. 2017. Pág 64.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de junho de 2020.

BRASIL. Lei nº 13445/20147. Estatuto do Migrante. Art. 4º. Distrito Federal. 2017.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. 1994.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 31 de março de 2020.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e a Teoria da Constituição. 7ª edição. 8ª reimpressão. 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes; Correia, Marcus Orione; Correia. Erika Paula. Direitos Fundamentais Sociais. 2ª edição. Saraiva. São Paulo. 2015.

DA MATTA, Roberto. Carnavais, Malandros e Heróis. Zahar Editora. Rio de Janeiro. 1997. Pág. 140.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais. 2011.13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo. Pág. 20.

MAIA, L.M. O Direito das Minorias Étnicas. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/lucianomaia/lmaia_minorias.html. Acesso em: 31 de março de 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. 2014. Pág. 179.

MONTESQUIEU, Charles. O Espírito das Leis. 9ª edição- 2ª tiragem. 2008. Editora Saraiva. São Paulo. Pág.18.

MOREIRA, Eduardo. Desigualdade & caminhos para uma sociedade mais justa. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2019. Pág. 32 e 33.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. PNUD BRASIL. RALATÓRIA DE DESENVOLVIMENTO HUMANO. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/presscenter/articles/2019/pnud-apresenta-relatorio-de-desenvolvimento-humano-2019-com-dado.html>. Acesso em: 12 de janeiro de 2020.

RIOS JUNIOR, Carlos Alberto de. Direito das Minorias e limites jurídicos ao poder constituinte originário. EDIPRO. São Paulo. 2013. Pág. 16.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo. Companhia das Letras. 2000.

SIQUEIRA, Dirceu e SILVA, Nilson(org). Minorias & Grupos Vulneráveis. 2013. Ed. Boreal. São Paulo. P. 23-41.

O direito ao horário especial praticado por servidor público sob a ótica do princípio da eficiência

Camilo Plaisant Carneiro¹
Saulo Bichara Mendonça²

Resumo

O presente estudo se desenvolve de forma técnica e pragmática a partir do art. 98, §3º da Lei nº 8.112/90 interpretado ante aos princípios constitucionais da moralidade e eficiência e se desenvolve a partir da hipótese positiva posta ante a possíveis indagações acerca da mitigação do referido direito pela Nota Técnica Conjunta nº 113 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão investigando se a necessária comprovação pelo servidor público dos requisitos legais para usufruto do direito em tela se dá de forma estrita ou se possui exceção regulamentar que imponha aplicação ética da norma legal visando maior eficiência na prestação do serviço público, bem como o impacto na adoção de tal medida perante o Poder Judiciário.

Palavras-chave: servidor público; eficiência; horário especial; princípios; serviço público.

The right to special hours practiced by a public server under the perspective of the efficiency principle

Abstract

The present study is developed in a technical and pragmatic way from art. 98, Paragraph 3 of Law No. 8,112/90 interpreted before the constitutional principles of morality and efficiency and develops from the positive hypothesis posed before possible inquiries about the mitigation of said right by the Joint Technical Note 113 of the Ministry of Planning, Development and Management investigating whether the necessary proof by the public servant of the legal requirements for the enjoyment of the right at issue occurs strictly or if there is a regulatory exception that imposes ethical application of the legal norm aiming at greater efficiency in the provision of the public service, as well as the impact on the adoption of such measure before the Judiciary.

Keywords: public server; efficiency; special schedule; principles; public service.

¹ Doutor em Direito. Professor Adjunto de Direito Administrativo na Universidade Federal Fluminense, no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé.

² Pós-Doutor em Direito pela UERJ. Doutor em Direito pela UVA, Mestre em Direito pela UGF. Professor Adjunto na Universidade Federal Fluminense, no Departamento de Direito do Instituto de Ciências da Sociedade de Macaé.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto de estudo a análise do art. 98, §§2º e 3º da Lei nº 8.112/90 ante aos contornos atribuídos pela Nota Técnica Conjunta nº 113 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, visando escrutinar a eficiência na concessão de horário especial ao Servidor Público que, concomitante às funções públicas desenvolve outras atividades laborais de natureza particular.

O estudo analisa a extensão do direito de desenvolver funções públicas, institucionais e regulamentares em horário especial, sem redução de vencimentos e independente de compensação de horário, por ser o Servidor Público portador de deficiência ou ter cônjuge, filho ou dependente com deficiência e, que mesmo assim, desenvolve paralela e privativamente, outras atividades laborais.

A princípio far-se-á, em síntese, uma análise sobre as categorias que compreendem os servidores públicos, dentre estatutários, celetistas e temporários.

Na sequência procede-se à análise dos termos pelos quais deve ser concedido o direito ao exercício das atividades laborais ao servidor público deficiente ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência, pautando a análise do procedimento de concessão e gozo do referido direito pelos princípios da moralidade e eficiência que atribuem contornos econômicos ao melhor exercício do direito em questão.

Ao final, verifica-se a procedência da hipótese segundo a qual o direito expresso no art. 98, §§2º e 3º da Lei nº 8.112/90 encontram-se mitigado pela Nota Técnica Conjunta nº 113, MP que obriga o setor responsável pela gestão de pessoas nas instituições públicas a analisar cada requerimento de concessão de horário especial por Servidor Público portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência comprovada por junta médica especializada não apenas pelo viés clínico, que comprove a existência da deficiência, mas também pelo prisma socioeconômico, perquirindo comprovação das condições necessárias para o regular exercício do direito em tela.

Ademais, serão destinadas algumas linhas a debater a questão sob uma perspectiva judicial, tal qual a possibilidade de análise da questão pelo Supremo Tribunal Federal.

O presente estudo demonstra a necessidade de equalizar o direito do Servidor Público com o direito dos cidadãos, consumidores e destinatários do Serviço Público, de forma que as relações jurídicas se desenvolvam de forma mais equânime possível, em busca da eficiência e evitando perdas substanciais para quaisquer das partes envolvidas.

1 SERVIDORES PÚBLICOS: A COMPREENSÃO DA PRÁTICA A PARTIR DO CONCEITO

Por se tratar de tema afeto à categoria dos servidores públicos, o presente artigo não poderia se omitir no que concerne à distinção de classificação existente entre as classes que compõe todo um grande grupo denominado “agentes públicos”, do qual se extrai o subgrupo denominado “servidores públicos”.

É por essa razão que o presente ponto se dedica a explicitar, de forma pormenorizada, a conceituação, classificação e distinção de todo este grande grupo, objetivando o melhor entendimento e compreensão dos que se debruçam sobre esse artigo.

Durante muito tempo a visão da sociedade foi a de que a responsabilidade pela prestação do serviço público era atribuição de “uma única pessoa”, o servidor responsável pela execução das tarefas e rotinas administrativas, usualmente chamado de servidor público.

Essa ideia fora materializada em figuras legais, tais quais o código penal brasileiro e a lei de improbidade administrativa, que acabaram por tratar de forma indistinta todos aqueles que de alguma forma possuíam relação de prestação de serviços para com a Administração, sem maior aprofundamento.³

Ocorre, contudo, que com o passar dos anos essa ideia acabou sendo refinada, mormente por força dos impactos legais decorrentes de uma classificação mais bem adequada, estabelecendo direitos, obrigações e responsabilidades de cada um daqueles que de algum modo possuem vínculo com a administração pública.

Hodiernamente a doutrina brasileira (salvo um ou outro ponto de discordância bastante específico), entende que, o termo “servidor público” é apenas um dentre outros que compõe um grupo maior, denominado de “agente público”.

Assim sendo, é preciso desde já fixar um ponto pacífico para o desenvolvimento do presente capítulo: a terminologia “agente público” representa um grande arcabouço que abarca em si outros subgrupos: agentes políticos, particulares que atuam em colaboração com o Estado e servidores públicos (que por sua vez se subdivide ainda em: servidores estatutários, servidores celetistas e servidores temporários).

Sobre cada um desses grupos, serão destinadas algumas linhas a seguir.

Em primeiro lugar podem ser qualificados os agentes políticos. São denominados

³ Apenas como exemplificação, assim dispõe o artigo 327 do Código Penal brasileiro: Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública; e assim dispõe o artigo 2 da Lei de Improbidade Administrativa: Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

assim todos aqueles que de certo modo desempenham um função política na estrutura do Estado, e seus cargos se amparam no seguinte binômio: ocupam cargos eletivos, isto é, são escolhidos pela população por intermédio das eleições; e por tal razão, seus cargos são dotados de uma peculiaridade incomum a outros: a transitoriedade, ou seja, são escolhidos para o desempenho da função política por determinado lapso temporal.

Esta classificação permite afirmar que se enquadram como agentes políticos aqueles membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo (nos três níveis da Federação), além dos que os auxiliam (Ministros de Estado e Secretários – secretário estadual de saúde, secretário municipal de educação).

Tal afirmação pode ser corroborada com o seguinte excerto (BANDEIRA DE MELO, 2016, p. 257): “são agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes de Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas pastas, bem como os Senadores, Deputados Federais e Estaduais e Vereadores.”

De se registrar que, embora não haja um posicionamento pacífico na doutrina brasileira, os membros dos Ministérios Públicos, das Defensorias, Magistraturas e Tribunais de Contas também acabam sendo classificados como agentes políticos, ainda que se considerem as especificidades de cada um dos cargos citados.

Logo após estão aqueles que são classificados como particulares que atuam em colaboração com o Estado. Uma análise literal do termo empregado já permite concluir que essa espécie engloba aqueles que desempenham uma função pública transitória através de um vínculo específico em decorrência de uma necessidade estatal.

Deve-se advertir, contudo, que tal fato não atribui a eles, em grande parte dos casos, a possibilidade de adquirirem um vínculo estável e permanente, sendo requisitados pelo Poder Público (é o caso daqueles que funcionam como mesários nas eleições, ou atuam como jurados nos tribunais do júri, entre outros).

Por fim, talvez a categoria de maior relevância para o presente trabalho: os servidores públicos, ou servidores *stricto sensu*.

Como mencionado alhures, a presente categoria compreende os servidores estatutários, os servidores celetistas e os servidores temporários. Em apertada síntese, far-se-á uma análise sobre cada um deles.

Temporários são aqueles servidores contratados tendo como fundamento o artigo 37, IX, da Constituição Federal, devendo observar que a natureza do serviço a ser prestado por eles deverá ser temporária, além de estar presente notório interesse público na persecução daqueles objetivos.

Por se tratar de norma constitucional de eficácia limitada, prevalece o entendimento de que cada Ente poderá legislar sobre o tema, devendo essa espécie de contratação, contudo, observar aos seguintes requisitos, conforme restou decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a contratação seja indispensável, sendo vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração. (BRASIL, STF, 2014)

Conforme indicado, para que se efetive a contratação de servidores nessa modalidade é imprescindível que restem observados os requisitos acima, inobstante a prática aplicável ao tema que em muito se afasta da observância dos requisitos elencados, seja aplicando prazos dilatados aos contratos que “deveriam ser” temporários, seja preterindo aprovados em concurso público como forma de privilegiar servidores nessa modalidade.⁴

A próxima categoria a ser analisada é a dos servidores celetistas. Poder-se-ia afirmar que esse é o regime por excelência das empresas estatais, mas não é só, devendo tal conceito ser ampliado.

Além das empresas estatais, o regime celetista, que pauta direitos e obrigações dos empregados na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, neste sentido, lê-se:

[...] é o regime próprio dos agentes públicos que ocupam empregos públicos nas entidades, com personalidade jurídica de direito privado, da Administração Pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado). (OLIVEIRA, 2020, p. 667).

⁴ Os exemplos que aqui podem ser colacionados são inúmeros. Para não alargar o debate sobre o tema, convém transcrever julgado proveniente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO DE RITO SUMÁRIO COM PEDIDO LIMINAR. FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE SEIS VAGAS NO CARGO DE TÉCNICO UNIVERSITÁRIO SUPERIOR, PERFIL FISIOTERAPEUTA. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS QUE PLEITEIAM A TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA CONTRATAÇÃO, A TÍTULO PRECÁRIO PELA RÉ, DE TERCEIRIZADOS PARA O CARGO OBJETO DO CERTAME. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DA UNIVERSIDADE. SEGUIMENTO NEGADO. SENTENÇA MANTIDA NESTA INSTÂNCIA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. I - As autoras lograram êxito em comprovar sua classificação (9ª, 10ª e 14ª lugares) no certame e a ocupação, pela universidade de vagas de fisioterapeutas por contrato temporário, para desempenho das funções inerentes ao citado cargo (68 bolsistas e 44 contratados por prazo determinado), o que atinge frontalmente o comando constitucional que determina a realização de concurso público para o cargo em apreço; II - Como cediço, se há contratação precária, desvio de função de servidor de outro ente ou nomeação em cargo em comissão de terceiros, para o cargo objeto do concurso público, tal ato administrativo faz nascer o direito líquido e certo aos aprovados no certame à sua nomeação, pois a Administração Pública, com tal expediente, tornou pública a necessidade de pessoal para o desempenho de determinada atividade. Tal carência de pessoal deve ser resolvida pela nomeação dos aprovados; Precedentes. Processo No: 0414863-68.2012.8.19.0001. 25-9

O empregados públicos, sob o regime celetista, não estão isentos de observarem algumas regras constitucionais aplicáveis aos demais, tais quais a proibição do acúmulo do emprego com cargos ou outros empregos públicos prevista no artigo 37, XVII, da Constituição Federal; a necessidade de submissão ao concurso público para posterior celebração do contrato de emprego; a necessidade de observância do teto remuneratório, entre outras.

Terceira categoria, e talvez a mais importante para os fins propostos na presente explanação, é a dos servidores estatutários. São estatutários todos aqueles que estão submetidos a um Estatuto, o dos servidores públicos, seja ele um estatuto que regulamente os direitos e obrigações em âmbito municipal, estadual ou federal.

No presente momento, convém se ater ao estatuto federal, posto que é dele que se extrai a normatização que será analisada nos tópicos a seguir. Em se tratando da União a lei que regulamenta os servidores públicos é a Lei 8.112/90, estabelecendo seus direitos e obrigações. Essa espécie de agente público se diferencia dos estatutários pois aqui, após aprovação em concurso público, a Administração deve realizar uma série de atos para, enfim, prover o cargo público vago, para o qual fora realizado o concurso.

Assim sendo, enquanto aos celetistas, após a realização do concurso, cabe a assinatura do contrato de emprego (donde advém todos os seus direitos e obrigações, sempre com fundamento na CLT), aos estatutários cabe aguardar sua nomeação, para posteriormente tomar posse e, então, prover o cargo público (que, por sua vez, será regulamentado pela lei 8.112/90, onde estão estabelecidos os direitos e obrigações).

A principal diferença entre empregado público e servidor público, parece então residir no vínculo estabelecido entre eles e a Administração. Em um caso esse vínculo é estritamente contratual, tendo como fundamento a CLT; em outro caso, o vínculo é legal, estando todos os direitos e deveres previstos em lei.

É nesse ponto que reside o cerne da problemática a ser enfrentada. Por se tratar de um Estatuto federal, a Lei 8.112/90 estabelece uma série de direitos (e, principalmente deveres), que diferenciam o tratamento dispensado a um e outro servidor (celetista e estatutário).

Conforme mencionado, os celetistas encontram seus direitos e obrigações previstos em um contrato de emprego, cuja norma fundante é a CLT, donde não é possível se extrair algumas características próprias do regime estatutário, como é o caso da concessão que passará a ser analisada.

2 O DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL PRÁTICADO POR SERVIDOR PORTADOR DE DEFICIÊNCIA OU RESPONSÁVEL POR PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei nº 13.370/16 alterou a redação da Lei nº 8.112/90 que concede horário especial ao servidor portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência, desde que comprovada a necessidade por junta médica oficial, independentemente de compensação de horário.

A regra parece ter respaldo no princípio da dignidade humana porque visa conceder ao trabalhador, servidor público portador de deficiência ou que tenha dependente deficiente, condições isonômicas para o exercício de suas funções em horário que lhe permita honrar com as diversas demandas pessoais e sociais impostas a todos que não tem limitações cognitivas ou de locomoção em razão de deficiências de toda natureza.

Para a concessão regular do direito em tela, caberá à Unidade de Gestão de Pessoas da instituição a qual o servidor público esteja lotado a definição dos horários especiais previstos nos §§ 2º e 3º do artigo 98 da Lei no 8.112/90, neste sentido lê-se a Nota Técnica Conjunta no 113/2018 – MP:

b) A perícia oficial em saúde emitirá laudo que servirá de fundamentação na decisão da Administração Pública Federal a ser subsequentemente deliberada, pelo deferimento ou não do horário especial. Compete formalmente à unidade de gestão de pessoas deferir os horários especiais previstos §§ 2º e 3º do art. 98, da Lei nº 8.112, de 1990. Uma vez concedido o horário especial, caberá a chefia imediata definir, junto com o servidor requerente, o período de cumprimento da jornada reduzida que atenda ao seu interesse, sem prejuízo da prestação do serviço público, bem como acompanhar e supervisionar as atividades do mesmo, desempenhadas em menor carga horária, validando a sua frequência.

A referida Nota Técnica Conjunta emitida pelo Ministério do Planejamento regulamenta a forma como o direito em tela deve ser concedido e gozado por parte do servidor público portador de deficiência ou que tenha dependente com deficiência.

Apesar da imperiosidade e abstração da norma legal, o direito em tela não é extensivo indiscriminadamente a todos os servidores públicos deficientes ou que tenham dependentes portadores de deficiências.

Observa-se, por exemplo, a situação do servidor público que, em razão do regime de trabalho ao qual está vinculado, pode exercer concomitantemente outras atividades laborais de natureza privada. Ou seja, se enquadram aqui aqueles servidores que não possuem um regime de dedicação exclusiva de trabalho junto ao poder público, isto é, o servidor atua, concomitantemente, na esfera pública e privada.

Neste caso, apesar do servidor público ser portador de deficiência ou possuir sob suas expensas dependente portador de deficiência, o direito ao horário especial será mitigado em razão do referido servidor público desenvolver, concomitantemente, outra atividade laboral de natureza privada.

Não se trata de discriminação injusta, ao contrário, trata-se de concessão de direitos de forma equânime.

O entendimento é cristalino: se o cidadão desenvolve atividades laborais como servidor público concomitantemente com outras atividades de natureza privada, e, uma vez que, no segmento privado não haveria redução de suas atividades laborais, não seria razoável que praticasse horário especial apenas no setor público.

Se assim fosse obteria locupletamento ilícito às custas do erário público.

E, neste sentido se lê a Nota Técnica Conjunta nº113/2018 – MP, item IV, letra g, conforme segue:

g) O servidor que obtém o horário especial previsto no § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 1990, deve estar ciente de que tal redução é um benefício com alcance social relevante. Nesse sentido, alerta-se que este observe atentamente sobre acumulação de cargo na APF com atuação na rede privada. Igualmente ao previsto para o servidor com deficiência no item c - 4 desta Nota Técnica Conjunta, não é razoável e tampouco harmonizável que haja diminuição da jornada de trabalho no cargo para prestar assistência direta ao familiar com deficiência e o exercício concomitante com a atividade privada.

Em razão deste fato, entende-se que, além da perícia médica, se faz imprescindível a realização de uma análise socioeconômica de cada servidor público que requeira a concessão de horário especial de trabalho em virtude de deficiência própria ou de dependente. Não basta a constatação da deficiência em si, é preciso apurar a extensão e a forma pela qual a deficiência impõe limitação.

De igual forma é preciso apurar caso a caso quais as atividades serão exigidas e quais serão limitadas ao servidor público titular do direito ao horário especial de trabalho.

Nem todos os servidores públicos desenvolvem ou precisam desenvolver suas atividades em horário convencional, popularmente chamado de horário comercial.

A Nota Técnica Conjunta nº 113/2018 – MP, reconhece no item II, letra d que: *“Não há o estabelecimento, em abstrato, de limites máximos de redução da jornada de trabalho, seja para o servidor que trabalha 6 (seis), 7 (sete) ou 8 (oito) horas diárias”*.

Desta forma, a unidade de gestão de pessoas da instituição na qual o servidor público for lotado deverá considerar a realidade fática do servidor requerente bem como as demandas institucionais do setor onde este exerce suas funções, considerando que, a concessão do horário especial de trabalho não deve representar prejuízo ao desenvolvimento regular das atividades do setor de lotação do servidor público deficiente, ou que tenha como dependente pessoa deficiente.

Frisa-se, não se trata discriminação, mas de gestão eficiente de mão de obra e reconhecimento do fato de que a concessão de um direito não pode, em hipótese alguma, representar um dano ao erário público ou a eficiência na prestação regular do serviço público. Neste sentido, lê-se a Nota Técnica Conjunta nº 113/2018 – MP, item II, letra *c* determina que:

c) Os dispositivos estabeleceram a possibilidade específica de concessão de horário especial ao servidor com deficiência e ao servidor que possua cônjuge, filho ou dependente com deficiência, independentemente da redução de vencimentos e da compensação de horas, sem fixar, entretanto, quaisquer limites para a redução máxima de jornada a qual somente poderá ser aferida quando do exame de cada situação concreta por parte da junta oficial em saúde competente. Em ambas as situações legais, o horário especial será determinado, segundo critérios de necessidade e proporcionalidade, de modo que seja atendido o interesse do servidor, mas igualmente assegurado o desempenho regular das atribuições do cargo público.

É preciso que as instituições públicas tenham critérios institucionais bem definidos para a definição do horário especial do servidor público deficiente ou responsável por dependente deficiente, considerando as características específicas do setor de lotação e os horários de funcionamento do setor, visando evitar ineficiência na prestação do serviço público.

De igual forma, é preciso que fique claro que, o desempenho das funções do servidor público em horário especial se iniciará, efetivamente, a partir do momento em que o processo administrativo no qual o requerimento foi formulado nos termos do artigo 98, §2º ou §3º da Lei nº 8.112/90 for concluso, com a publicação da decisão que concedeu o horário especial for publicada em imprensa oficial, consoante os termos da Nota Técnica Conjunta nº 113/2018 – MP, a partir de qual momento deve ser estabelecido o horário especial de trabalho ao requerente. De acordo com o item II, letra *g*, da referida nota:

g) O laudo pericial emitido por junta oficial em saúde, com a recomendação de concessão de horário especial ao servidor, conforme o previsto no artigo 98, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.112, de 1990, subsidiará a decisão da Administração. Nesse sentido, é esperado que haja o tempo necessário para a tramitação do processo, sua ciência e providências administrativas. A partir da publicação do ato concessório, o ato administrativo terá seu efeito.

Assim, é imprescindível que a unidade de gestão de pessoas da instituição pública onde o servidor público requerente do horário especial de trabalho é lotado considere, antes de lhe conceder horário especial de trabalho, todo o contexto socioeconômico familiar deste, o aspecto clínico do servidor público deficiente ou do seu dependente.

No caso do servidor público ter dependente deficiente, é preciso que se avalie a necessidade e a forma de acompanhamento do dependente por parte do servidor, levando em consideração a situação fática, as possibilidades de assistência à pessoa com deficiência, bem como o papel do servidor no contexto familiar, além de outras questões que eventualmente devam ser consideradas para concluir pela concessão ou não do horário especial, a depender do caso concreto, como a necessidade em se apurar se o servidor público exerce, concomitantemente, outra atividade profissional de natureza privada.

Destaque-se que a ausência desta análise mais cuidadosa do caso pode, eventualmente, ferir princípios básicos da Administração Pública e prejudicar os bons andamentos do Serviço Público em ônus e detrimento de toda a coletividade.

3 A EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO CONSISTE EM NORMA DIRETRIZ OU OBSERVAÇÃO OBRIGATORIA?

O artigo 37 da Constituição Federal submete a administração pública como um todo, dentre outras coisas, à observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Tais princípios, ainda que não sejam de explicitação obrigatória no presente trabalho (mas que terão algumas linhas dedicadas a eles a seguir), remetem o agente público (aqui compreendido em sentido lato) a uma série de limitações no seu agir, pactuando a atuação administrativa com as diretrizes contidas na carta constitucional.

O princípio da legalidade indica uma estrita observância ao disposto em lei, como forma de atuação do agente público. Costumeiramente a doutrina brasileira diferencia a ideia de legalidade do direito privado, da vista aqui. Enquanto que na relação entre particulares, regida pelos ramos *privados* do Direito vigora a ideia de que aos particulares é possível fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, aqui, no direito administrativo, só é possível fazer aquilo que a lei expressamente autoriza, isto é, a lei é pressuposto de existência do agir administrativo.

Ressalva-se que, a despeito de a ideia de dicotomia do direito em público e privado ser superada pela constitucionalização dos direitos privados a partir da Constituição Federal de 1988, “o ordenamento não pode mais ser visto como sistema fechado e completo”, como asseveram Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (2010, p. 128), para quem “a publicização do direito privado não é imperativo necessário à privatização do direito público”.

A distinção entre direito público e privado se mantém, apesar de superada a dicotomia, para melhor compreensão das idiosincrasias comuns aos ramos específicos do direito. Desta forma, considerando a mitigação para fins meramente didáticos, vê-se que, se não houver previsão legal, logo, há impossibilidade de atuação.

Hodiernamente, prevalece o entendimento de que a submissão apenas a lei não é o suficiente para a adequação do agir ao que determina a Constituição. Prevalece o entendimento de que, para além da lei estrita, o agente público deve compatibilizar essa atuação com um arcabouço mais abrangente, envolvendo uma análise mais ampla do Direito, o denominado bloco de legalidade.

O princípio da impessoalidade, por sua vez, indica a preocupação do constituinte com a atuação administrativa imparcial, não podendo ser utilizada nem em benefício, nem em detrimento de ninguém.

Deve o agente público se manter em uma posição ímpar, que não lhe permita utilizar o aparato do qual dispõe para privilegiar pessoas próximas ou até mesmo prejudicar seus desafetos políticos.

No que se refere a ideia de moralidade, teve a Constituição a intenção de indicar ao agente público a necessidade de agir de maneira proba, íntegra, sempre pautando o seu agir de acordo com os preceitos de boa-fé.

Esse princípio, ainda de cumprimento um tanto relutante por determinada parcela dos agentes públicos brasileiros, objetiva coadunar a atuação desses com a ideia de dar aos valores públicos a correta destinação, dissociando o agir da velha prática, de corriqueira verificação, pertinente aos históricos de corrupção, mal uso do dinheiro público, dentre outras coisas.

De certo que a inserção do princípio da moralidade trouxe consigo formas de combater as imoralidades, quando verificadas, dentre as quais, pode-se citar como mais marcante a Lei de Improbidade Administrativa, que prevê uma ação para atacar atos que atentem contra a moralidade administrativa em um sentido amplo⁵.

Em atenção à publicidade, em apertada síntese, subsiste a ideia de que os atos administrativos devem ser publicizados, isto é, tornado públicos, para que seja possível que a população exerça controle e tome conhecimento de tudo que a administração pública realiza.

Por outro lado, é com a publicidade dos atos que eles passam a ter validade perante o ordenamento jurídico, sendo esse um requisito fundamental para a prática dos atos administrativos. Aqueles não publicados, não tem eficácia.

O último princípio previsto no artigo 37, é o princípio da moralidade. Ele foi inserido por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/98, objetivando garantir uma prestação do serviço público de forma célere, ou, como prenuncia o próprio nome atribuído ao princípio, de forma eficiente.

A intenção preconizada por intermédio da inserção da eficiência no rol de princípios contidos no artigo 37 era a de romper com um Estado letárgico, obsoleto, em que os servidores públicos não prestavam serviço público de qualidade para a população.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 115-116):

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da *administração pública* gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público, anglo-

⁵ Os artigos 9, 10, 10-A e 11, da Lei nº 8.429/92, enumeram as condutas que se enquadram no grande grupo denominado “atos de improbidade administrativa”.

saxonico, passou-se a reconhecer não ser o bastante a prática de atos que, simplesmente, estejam *aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados*, o atendendo apenas ao conceito clássico de *eficácia*. Exigiu-se mais: que esses atos fossem praticados com tais *qualidades intrínsecas de excelência*, de modo a possibilitarem *o melhor atendimento possível das finalidades* para ele previstas em lei. (...) Entendida, assim, a *eficiência administrativa*, como a melhor realização possível da gestão de interesses públicos, posta em termos de *plena satisfação* dos administrados com os *menores custos para a sociedade*, ela se apresenta, simultaneamente, como um *atributo técnico* da administração, como uma *exigência ética* a ser atendida, no sentido weberiano de *resultados*, e, coroando a relação, como uma *característica jurídica exigível*, de *boa administração* dos interesses públicos.

Desta maneira, a preocupação foi a de dar a eficiência o denominado *status constitucional*, devendo ela ser observada por toda a administração pública, prestando um serviço público eficaz.

Mas por qual razão se estabeleceu a exposição acima? Justamente pelo fato de se verificar na doutrina o tratamento moderno atribuído aos princípios, tratamento esse que se dissocia da *simples ideia* de que seriam eles apenas valores que guiariam o legislador na elaboração das Constituições, Leis e demais figuras normativas.

É lapidar a lição proferida (MOREIRA NETO, 2014, p. 75), cuja transcrição se faz obrigatoriamente necessárias, nos seguintes termos:

O *positivismo jurídico*, que havia levado o *formalismo* e o *dogmatismo* jurídico a uma excessiva preeminência, minimizando a necessidade e a importância da axiologia e do conteúdo substantivo na *aplicação* do Direito, havia abastardado a Ciência do Direito, ao desvinculá-la dos *valores* que haviam orientado sua formação e desenvolvimento desde as suas remotas origens. Foram suas próprias contradições e seus erros históricos que, após mais de um século de catástrofes e de abusos do ser humano, acabaram despertando a consciência dos povos para a necessidade de reinfundir os valores perdidos pelo Direito, esvaziado pela fria lógica dominante do Estado-potência, possibilitando o auspicioso *ressurgimento dos princípios*, já não apenas como meros *elementos informativos dos legisladores e dos intérpretes*, apenas tolerados no fastígio da dogmática positivista, mas como portadores de eficácia própria, por expressar *valores, finalidades e interesses capitais e indisponíveis* da natureza humana, assim entendidos como as próprias *vigas mestras da convivência social* e, por isso, do Direito, passando a se refletir nos textos legislativos e, de modo especial, nas Constituições pós-modernas, como, destacadamente, o foi na Carta Política brasileira de 1988.

Ao longo da história se verificou que a excessiva observância aos ditames positivistas culminou no seu descrédito, notadamente após a derrocada do regime nazista, notadamente elevado após praticar atos de extrema barbárie “pautados na lei”. Foi com base na observância da lei que se pautaram as justificativas para o cometimento de atos em período tão obscuro da história mundial.

É o pós-positivismo que permite uma releitura da ideologia até então vigente, privilegiando, por ora, uma nova hermenêutica constitucional, com a relação entre valores,

princípios e regras, além da valorização de uma denominada teoria dos direitos fundamentais, fundada, principalmente, no ideário da dignidade da pessoa humana.

Com esse cenário como pano de fundo, os princípios no direito administrativo acabam ganhando destaque, propiciando uma forma de interpretação aberta de todas as normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico administrativo.

Tamanha é a importância atribuída aos princípios que Bandeira de Mello (1999, p. 620), assim definiu:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Tem-se plena consciência (e convicção) de que os princípios possuem sim força normativa, notadamente aqueles acima mencionados e que, dessa força normativa decorrem duas necessárias consequências, conforme ressalta Barcellos (2000, p. 173):

A eficácia interpretativa significa que os princípios constitucionais vão orientar a interpretação das regras em geral (não apenas as constitucionais, é bem de ver), de modo que o intérprete encontra-se obrigado a optar, dentre as possíveis exegeses da regra, aquela que realiza melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente. Essa espécie de consequência jurídica característica do princípio tem desempenhado relevante papel (...) A eficácia negativa, por sua vez, associa ao princípio a consequência pela qual serão considerados inválidos - ou revogados, caso anteriores à promulgação da Constituição - todas as normas ou atos que o contravenham. Os dois aspectos se complementam nos casos extremos, uma vez que, se não é possível interpretar o ato ou a norma de forma a compatibilizá-los com o princípio constitucional, passa a operar a eficácia negativa para excluí-los do mundo jurídico.

Conforme fora demonstrado alhures, a Lei de Improbidade Administrativa preconiza que, dentre os atos de improbidade administrativa, há um que se refere especificamente à inobservância dos princípios⁶.

⁶ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

É por esta razão afirma-se que, peremptoriamente, que de forma pacificada na doutrina pátria, assim como também na jurisprudência brasileira, que os princípios são norma de observação obrigatória, podendo, inclusive, resultar no sancionamento daqueles que o inobservam, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa.

Com tais considerações, é conveniente discutir agora de que forma há de se compatibilizar o princípio da eficiência com normas infralegais que concedem horário espacial de trabalho para os servidores deficientes (ou que possuem dependente deficiente).

4 DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL DE TRABALHO PRATICADO PELO SERVIDOR PÚBLICO À LUZ DA EFICIÊNCIA

O princípio constitucional da eficiência tem um viés econômico que permite que sua interpretação, quando aplicado aos casos concretos, se dê de forma a perquirir em cada situação como as soluções podem ser aplicadas às demandas de forma a garantir que o resultado produzido represente um ganho, um crescimento coletivo, a todos os envolvidos.

A eficiência pode ser compreendida pelo Ótimo de Pareto ou pelo critério de Kaldor-Hicks. De acordo com a primeira teoria, a eficiência será alcançada somente quando for possível verificar que a situação de um agente econômico foi melhorada sem que a de outro tenha sido prejudicada; a segunda teoria, por sua vez, aceita que a eficiência seja alcançada quando a melhora na situação de um agente econômico lhe permite, hipoteticamente, compensar aqueles que ficam pior, atingindo, por via transversa, o Ótimo de Pareto, muito embora a compensação não precise de facto ocorrer e, assim, a eficiência por Kaldor-Hicks pode, na verdade, acabar por deixar algumas pessoas em pior situação.

Segundo a teoria do ótimo de Pareto, o que é produzido numa economia deve ser distribuído de forma eficiente pelos agentes econômicos, tornando desnecessárias mais trocas, evitando a chamada taxa marginal de substituição.

Assim, quando for possível produzir mais de um tipo de bem sem reduzir a produção de outros, será encontrada a curva de possibilidade de produção eficiente; para tanto, os bens produzidos numa economia precisam refletir as preferências dos agentes econômicos, para que se alcance um sistema de concorrência perfeito.

Ou seja, uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se for possível melhorar a situação de um agente sem degradar a situação de qualquer outro agente econômico. Acredita-

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas.

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congênere, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

se que tal critério, não obstante ter seu valor teórico e científico, se encontra em patamar de difícil alcance prático, dada a quantidade de variáveis que se precisa enfrentar em cada segmento, o que, paradoxalmente, o torna pouco eficiente.

As ponderações sobre eficiência de Kaldor-Hicks nos parecem mais palpáveis, posto que, um resultado poderá ser considerado mais eficiente se alcançar uma compensação suficientemente razoável para aqueles que ficaram em uma posição eventualmente menos agradável, permitindo que outros fiquem também eventualmente em situação mais agradável e desde que se evite que todos acabem numa situação pior do que a anterior.

Neste sentido o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão analisou o art. 98, §3º da Lei nº 8.112/90, restringindo a amplitude do direito ao horário especial ao Servidor Público deficiente ou que tenha cônjuge, filho ou dependente com deficiência comprovada por junta médica, nos termos da Nota Técnica Conjunta nº 113 emitida pelo referido Ministério, tal direito só deve ser concedido aos agentes que se dediquem exclusivamente ao serviço público.

Trata-se de isonomia na aplicação da norma legal e moralidade na sua interpretação, haja vista que o agente que se dedica a mais de uma atividade laboral, sendo uma de natureza pública e outra de natureza privada não ter razão de ver redução de sua jornada de trabalho sem redução dos vencimentos apenas em relação às atividades públicas, posto que perceberia uma vantagem injustificável perante seus pares, além de obter locupletamento ilícito.

A restrição do direito assegurado no Estatuto do Servidor Público não se dá em detrimento do deficiente, seja ele o Servidor Público ou seu dependente, mas em razão da necessidade de se promover a aplicação da lei de forma isonômica e dentro de padrões morais social e economicamente aceitáveis, como se verifica em normativos institucionais específicos e jurisprudência atual que servem de exemplo do raciocínio construído.

Observa-se que a função do sistema legal, do direito propriamente dito, é trabalhar para impedir o pior cenário.

No caso atinente ao objeto de estudo posto, o pior cenário seria conceder um direito abstrato de forma irrestrita, à agentes diferentes em condições semelhantes, onde um obteria vantagem maior do que outro dado a sua característica distintiva, o que acarretaria em lesão à isonomia e, conseqüentemente, em ineficiência, tanto no ato de conceder o direito quanto na continuidade da prestação do serviço público em si. “Por ser o Direito parte da estrutura social e condição necessária para que o jogo normativo se opere com regras claras.” (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 166).

A interpretação da norma especial (Lei nº 8.112/90) a respeito do direito ao horário especial de trabalho destinado ao servidor público portador de deficiência ou que tenha cônjuge, filho ou dependente portador de deficiência precisa se dar com base no princípio da supremacia do interesse público, embora o direito em tela seja direcionado a um agente público, o exercício

deste não pode mitigar o interesse dos cidadãos, consumidores dos serviços públicos.

[...] a supremacia do interesse público é ponto de partida de um Estado que se quer minimamente democrático e que, pelo mesmo motivo, não tem a pretensão de aniquilar espaços onde a realização de interesses particulares é possível sem que haja reflexos negativos à coletividade. (DI PIETRO e RIBEIRO, 2010, p. 126)

Não é uma questão de ponderar entre o direito objetivo do portador de deficiência, este representa uma questão circunstancial ao direito posto. A questão passa por uma análise da forma pela qual se exerce o direito em tela, uma forma que deve ser pautada pela ética para que o direito de um não se sobreponha ao do outro.

Se a justiça consiste em sua essência, como ressaltaram os antigos, em reconhecer a todos e a cada um dos homens o que lhes era devido, esse princípio traduz-se, logicamente, no dever de integral e escrupuloso respeito àquilo que, sendo comum a todos os humanos, distingue-se radicalmente das demais espécies de seres vivos: a sua transcendente dignidade.

Os direitos humanos em sua totalidade – não só os direitos civis e políticos, mas também os econômicos, sociais e culturais; não apenas os direitos dos povos, mas ainda o de toda a humanidade, compreendida hoje como novo sujeito de direito no plano mundial – representam a cristalização do supremo princípio da dignidade humana. (COMPARATO, 2006, p. 622)

Sob esse prisma, da dignidade da pessoa humana, que a interpretação do artigo 98, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.112/90 deve ser feito, em conjunto aos termos da Nota Técnica Conjunta nº 113, MP, ao conceder o horário especial de trabalho ao servidor público que, a despeito de sua deficiência ou de ter cônjuge, filho ou dependente deficiente, é servidor público.

Da mesma forma deve ser dar a interpretação da lei, pelo viés da dignidade da pessoa humana, quando o servidor público desenvolver, em paralelo e concomitantemente, outra atividade profissional e laboral de natureza privada, situação na qual resta mitigado por completo o direito em abstrato estabelecido no estatuto do servidor público federal.

5 DIREITO AO HORÁRIO ESPECIAL DE TRABALHO – A VISÃO JUDICIAL

Preliminarmente cumpre esclarecer que a presente análise não se pauta propriamente sob uma análise jurisprudencial, no sentido literal, diante da dificuldade encontrada durante a pesquisa, no que se refere a obtenção de fontes de pesquisa nos tribunais estaduais.

Para tanto, diligenciou-se no sentido de buscar junto ao Supremo Tribunal Federal a posição da referida Corte constitucional, tendo como objeto o tema debatido nas linhas acima.

Some-se a isso a veiculação de notícia junto ao sítio eletrônico da Corte que indica a discussão sobre a possibilidade de redução de jornada para servidor (a) que tenha filho com deficiência.⁷

Referida publicação indica que a matéria, levada ao conhecimento da Corte por ocasião do RE 1237867 (com repercussão geral reconhecida pelo plenário virtual), consubstanciou o tema 1097.

A questão tem como pano de fundo o caso de servidora pública do Estado de São Paulo que teve negado o direito de ver a carga horária da sua jornada de trabalho reduzida em 50% (do quantitativo inicial) sem a respectiva compensação (e sem que houvesse a necessidade de redução dos vencimentos). É preciso aguardar a decisão a ser proferida pelo STF.

Considerando o reconhecimento da repercussão geral do tema, por se tratar de questão que resultará na adoção de medidas por órgãos e entidades da administração pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (que não tenham lei regulamentando o tema), é de fundamental importância o julgamento da questão pelo Supremo Tribunal Federal, mormente por se tratar de medida que impactará, inevitavelmente, no serviço público prestado ao cidadão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme debatido ao longo das linhas que sucederam essa necessária (e derradeira) intervenção, o sistema jurídico brasileiro encontra-se amparado em uma série de valores, elevados a categoria de princípios, responsáveis por orientar toda a aplicação de um determinado ramo do Direito.

Desta feita, há que se considerar que os princípios, após a promulgação da Constituição Federal de 1988 passaram a ter papel de relevante importância no ordenamento brasileiro, em especial no que se refere ao objeto de estudo da presente explanação, o direito administrativo.

Para esse ramo, pode-se afirmar que os princípios ganharam importância ainda mais preponderante, posto que a própria legislação infraconstitucional atribui a eles importância ímpar, já que, uma vez inobservados por determinado agente, tal fato poderá ensejar na propositura da respectiva ação civil, como o objetivo da responsabilização pessoal do Servidor Público.

Nessa linha, também se viu que o termo servidor público é apenas uma espécie dentro de um gênero mais abrangente, o agente público (que abarca ainda os servidores temporários e os particulares em colaboração com o Estado), e tal espécie encontra sua regulamentação

⁷ A notícia completa encontra-se disponível em:

[https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449698&ori=1#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,Plen%C3%A1rio%20Virtual%20\(Tema%201097\).](https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449698&ori=1#:~:text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,Plen%C3%A1rio%20Virtual%20(Tema%201097).)

própria, conforme determina a Lei nº 8.112/90 (afastados, nesse caso, os empregados públicos, regidos pela CLT).

É justamente a esses Servidores, regulamentados pela Lei nº 8.112/90, que se aplica a redução legal de carga horária, desde que se trate de servidor com deficiência, o que possua esposa, filho ou dependente com algum tipo de deficiência.

De certo que a mera redação legal não permite afirmar, com convicção, em quais casos os servidores fazem jus à redução prevista, cabendo a uma nota técnica a responsabilidade pela explicitação do tema, inclusive, com a projeção de cenários viáveis para a sua aplicação.

O grande cerne do problema suscitado diz respeito a eventual possibilidade de redução da carga horária do servidor público que não desenvolva apenas esta função, ou seja, que desenvolva concomitantemente outra atividade laboral de natureza privada, fato que pode vir a prejudicar a preservação, ou o respeito, ao princípio da eficiência, que exige do servidor a prestação exemplar do serviço para toda a sociedade, em conformidade com o dispositivo inserido no artigo 37 da Constituição Federal por ocasião da Emenda Constitucional nº 19/98.

Conforme visto, a aludida Nota Técnica estabeleceu critérios para concessão do horário especial, desde que respeitadas algumas condições lá estabelecidas, parecendo claro afirmar, contudo, que tal redução não seria de concessão apropriada quando o servidor, de forma concomitante com o serviço público, também desempenhe atividades na esfera privada, ou seja, não esteja categorizado como servidor em dedicação exclusiva.

A Nota Técnica teve sua edição em lapso temporal não muito estendido, o que demonstra ainda a precocidade em tecer afirmações categóricas acerca da sua interpretação ou aplicação. Por óbvio que o tema requer maiores aprofundamentos teóricos e somente o decurso natural do tempo poderá afirmar se a redação contida na referida nota técnica sofrerá maturação e concretização, ou se, por outro lado, será passível de revisão e alteração nos termos lá constantes.

Certo é que, desde já, a preocupação constante na mencionada nota técnica parece recair sobre a importância de ser observado o princípio da eficiência, afirmando de forma peremptória, que tal redução de carga horária deverá ser compatibilizada com a regular prestação do serviço público.

Ademais, a própria manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, poderá lançar uma luz sobre a obscuridade que orbita o tema, transpondo (ou compatibilizando) o que determina a legislação e os atos normativos secundários, eventualmente editados, tendo como objeto a mencionada situação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo 221. p. 159-188. Jul./set. 2000.
- BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm>. Acesso em 10 de maio de 2020.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coordenadores). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo, Atlas, 2010.
- MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. Nota Técnica Conjunta nº 113. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/10157/24625068/MPDG++NOTA+T%C3%89CNICA+CONJUNTA+N%C2%BA+113_2018-MP%2C+DE+31.8.2018/efbfcff9-7e76-9b63-326b-8014360802ac?version=1.0>. Acesso em 10 de maio de 2020.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro, Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Anibal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010,
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

Direito a saúde e a dignidade da pessoa humana: acesso a medicamentos e a visão das farmacêuticas

David Augusto Fernandes¹

Resumo

Apesar de estarmos no século XXI, ainda não se tem proporcionado as todas as pessoas, principalmente àqueles mais necessitados, o pleno direito de acesso aos medicamentos imprescindíveis, fato que lhes afeta a dignidade da pessoa humana (DPH). Este estudo objetiva enfatizar esse direito para essa camada populacional, fator importante para sua sobrevivência, dentro da meta dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da ONU, a serem alcançados até 2030. A problemática do estudo questiona os inibidores que inviabilizam esse direito de ser efetivado, apesar de a Constituição Brasileira e os organismos internacionais o assegurarem. A metodologia aplicada é a pesquisa bibliográfica e seu resultado constata que a DPH ainda não é oferecida a essas pessoas, devido à falta de política governamental rígida e à falta de adequação das farmacêuticas. As considerações finais reúnem os comentários do autor sobre a matéria.

Palavras-chave: medicamentos; saúde; farmacêuticas.

Right to health and dignity of the human person: access to medicines and the vision of pharmaceuticals

Abstract

Despite the fact that we are in the 21st century, not all people, especially those most in need, have yet been given the full right of access to essential medicines, a fact that affects the dignity of the human person (DPH). This study aims to emphasize this right for this population strand, an important factor for their survival, within the goal of the UN Sustainable Development Goals (SDGs), to be achieved by 2030. The study's problematic questions the inhibitors that prevent this right to effective, despite the fact that the Brazilian Constitution and international organizations guarantee it. The applied methodology is bibliographic research and its result shows that DPH is not yet offered to these people, due to the lack of rigid government policy and the lack of adequacy of pharmaceutical companies. Final considerations bring together the author's comments on the matter.

Keywords: medicines; health; pharmaceutical companies.

¹ Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Curso de Direito da UFF/ICM/MDI. Docente dos Cursos de Especialização em Gestão Pública, Gestão Pública Municipal e Gestão em Saúde Pública, na modalidade de Ensino à Distância, ofertadas pela Universidade Federal Fluminense através do Consórcio CEDERJ e da Universidade Aberta do Brasil (UAB). CV: <http://lattes.cnpq.br/8477467816197173>. E-mail: davidaf@id.uff.br.

1 INTRODUÇÃO

Calcada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização das Nações Unidas (ONU) configurou os dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)² a serem alcançados até 2030. Vale ressaltar que em 2000 foram estipulados os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), prevendo, em seu oitavo objetivo³, o acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento. Apesar de sua importância para a saúde, especialmente das populações mais carentes, tal objetivo não foi alcançado.

Entre os dias 25 a 27 de setembro de 2015, em reunião na sede da ONU, em Nova York, seus membros retornaram ao tema, para delinear os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável Globais (ODS), no sentido de serem alcançados até 2030, mantendo entre eles o Objetivo 3⁴. Por meio desse Objetivo busca-se proporcionar acesso a medicamentos, com a garantia de que todos os seres humanos possam alcançar seu potencial em dignidade e igualdade, em ambiente saudável. Propõe-se que tal prerrogativa seja compartilhada por todos os seres humanos, conforme explicitado no parágrafo 26, no qual se manifesta preocupação com a saúde de todos, a ser alcançada, inclusive, mediante o fornecimento de medicamentos.

Diante desses pressupostos, o presente trabalho objetiva determinar os possíveis impedimentos para que a clientela a ser enfocada na pesquisa ora desenvolvida não obtivesse acesso a medicamentos para tratar suas enfermidades, apesar de o objetivo da ONU compor o regramento interno contido na Constituição Federal. Se forem detectados esses impedimentos, busca-se identificar seu impacto no ambiente social e cultural.

A metodologia utilizada para a efetivação do trabalho foi a pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base em livros, artigos científicos, legislação e meio eletrônico ligados ao tema em comento.

O principal problema que motivou a realização da pesquisa foi a constatação empírica, na realidade brasileira, da dificuldade de as pessoas com baixo poder aquisitivo obterem os medicamentos essenciais ao tratamento de suas enfermidades. Verifica-se, *a priori*, que tal

² Esses objetivos emergem dos estudos que a ONU realiza há décadas e que já foram apresentados em várias conferências, tais como Estocolmo (1972), Rio de Janeiro (1992), Johannesburgo (2002) e Rio+20 (2012), mas até o início da segunda década do século XXI não foram alcançados.

³ Objetivo 8 da ODM. Estabelecer uma parceria global para o desenvolvimento.

Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM), em parceria com a indústria farmacêutica, prover acesso a medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento.

⁴ Objetivo 3 da ODS. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo a proteção do risco financeiro, o acesso a serviços de saúde essenciais de qualidade e o acesso a medicamentos e vacinas essenciais.

3.b Apoiar a pesquisa e o desenvolvimento de vacinas e medicamentos para as doenças transmissíveis e não transmissíveis, que afetam principalmente os países em desenvolvimento, proporcionar o acesso a medicamentos e vacinas essenciais a preços acessíveis, de acordo com a Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, que afirma o direito dos países em desenvolvimento de utilizarem plenamente as disposições de Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, na sigla em inglês) sobre flexibilidades para proteger a saúde pública e, em particular, proporcionar acesso a medicamento para todos.

situação afeta sua dignidade humana. Portanto, cabe determinar-se o fato gerador que vem causando esses impedimentos.

A escolha do tema focado na presente pesquisa justifica-se plenamente pela gravidade do problema que afeta camada considerável da população brasileira, merecedora de um olhar apurado, em sentido amplo, dos órgãos do Estado. É imperioso saber qual a resposta a ser dada pelo poder público a essas pessoas, de forma concreta e eficaz. Alia-se à seriedade de tal proposta o fato de que o descumprimento de tal norma afeta a dignidade da pessoa humana (DPH), inibindo sua inclusão no ambiente social em que está circunscrita.

Para abranger convenientemente as questões levantadas, aborda-se preliminarmente a DPH e sua afetação pelo não recebimento de medicamentos necessários ao seu tratamento. Em seguida, são enfocadas as políticas públicas voltadas para a área de saúde. Prosseguindo, focalizam-se o Sistema de Saúde brasileiro e o fornecimento de medicamentos às pessoas debilitadas socialmente e são expostas as obrigações pertinentes ao Estado que abrangem a área em estudo. A partir daí, já se torna possível discutir o acesso a medicamentos e o papel das indústrias farmacêuticas nesse sentido. Durante as considerações finais, são manifestadas as críticas gerais sobre este importante tema.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana (DPH), na acepção contemporânea, tem origem religiosa, bíblica: o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Com o Iluminismo e a centralidade do homem, ela migra para a filosofia, tendo por fundamento a razão, a capacidade de valoração moral e autodeterminação do indivíduo (BARROSO, 2010).

No século XVI, o posicionamento de teólogos espanhóis os levava a reconhecer os direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e DPH, além de servirem de inspiração ao humanismo racionalista de Hugo Grócio. Nesse mesmo período, em 1589, o *jus philosophus* Hugo Donellus ensinava a seus discípulos que o direito à personalidade englobava o direito à vida, à personalidade corporal e à imagem, não podendo o primeiro ser dissociado da saúde (SARLET, 2004). Nesse sentido, Consuelo Cuesta Sanz (1998, p. 291) salienta o seguinte:

[...] a preocupação pelo comércio foi o motivo principal para convocar uma Primeira Conferência Sanitária Internacional, em 1851, em que 12 países firmaram uma convenção internacional sobre a quarentena contra a cólera, a peste e a febre amarela.

Com o passar dos séculos houve a consolidação de tal pensamento e sua inclusão em várias constituições dos séculos XVIII e XIX. Já a segunda metade do século XIX trouxe, com o desenvolvimento econômico, a consciência de que a saúde passou a ser considerada elemento

essencial ao progresso social econômico e incluída como direito de todo o indivíduo. No início da década de 1940, a saúde já não era considerada como ausência de enfermidade, mas sim um bem em si mesmo, do qual se manifestava legítimo e profundamente justo beneficiar, com a mobilização dos recursos econômicos disponíveis em qualquer parte onde se encontrassem (SANZ,1998).

Ao término da Segunda Guerra Mundial, a ideia de DPH migra paulatinamente para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos. O primeiro foi o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista. O segundo consistiu na inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e constituições de Estados democráticos. Convertida em conceito jurídico, a dificuldade atual está em dar a ela conteúdo mínimo que a torne uma categoria operacional e útil, tanto na prática doméstica de cada país, quanto no discurso transnacional (BARROSO, 2010, p. 14).

Somente após a Segunda Guerra Mundial, o ordenamento internacional passou a considerar a DPH como sendo o acesso à saúde um direito humano fundamental, mediante o qual cada cidadão deveria ter seus direitos respeitados pelo Estado. Assim, propicia que cada indivíduo tenha assegurada sua dignidade de pessoa humana, conforme enunciado pela primeira vez no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde e sucessivamente proclamado na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu artigo 25. Portanto, esse direito tardou mais de meio século para afirmar-se como direito fundamental internacionalmente protegido (NEGRI, 2010).

No transcurso do século XX a DPH se torna um objetivo político, um fim a ser buscado pelo Estado e pela sociedade (BARROSO, 2010). O reconhecimento deste direito é conquista sociocultural bastante recente, cujo conteúdo foi cunhado há aproximadamente setenta anos pela comunidade internacional, assim como previsto em quase todas as constituições modernas no mundo, no sentido de se reconhecer a saúde como Direito Humano Fundamental. Está posto que não deva haver por parte dos Estados qualquer ato inibitório a colocar em perigo a saúde das pessoas, mas sim realizar todos os esforços para sua preservação (SANZ,1998).

Conforme leciona Ricardo Lobo Torres (1999, p. 138), está também incluído nessa linha de proteção à saúde o mínimo existencial (ME), compreendido como direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. O mínimo existencial, primariamente, está direcionado à liberdade e à democracia, não devendo ficar restrito a esse direcionamento, pois as condições básicas de vida devem ser asseguradas, de forma a atender aqueles que delas necessitam, conduzindo, também, à saúde para a vida plena e satisfatória.

O tema do conteúdo do ME é complexo e a primeira observação importante a se fazer é no sentido de existirem variações socioculturais significativas em relação ao concebido como necessidades básicas. Sociedades diferentes tendem a valorar de modo muito distinto

determinados bens, de modo que o acesso a eles pode-se afigurar essencial para a vida digna das pessoas em algumas dessas sociedades e não em outras. Entretanto, parece inquestionável a existência de necessidades materiais decorrentes da própria natureza humana, como o acesso à saúde. E, para que tal ocorra, existe a necessidade de se produzir meios para o acesso aos medicamentos ser facilitado a todas as pessoas necessitadas (SARMENTO, 2016, p. 214-215). No próximo tópico se discute como tal acesso pode ser viabilizado.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

Na contemporaneidade, o Estado se destaca em relação a outros atores no estabelecimento de políticas públicas. A centralidade atual do Estado na definição e no estabelecimento de políticas públicas é consequência dos seguintes fatores principais: a) sua elaboração é uma das razões centrais do nascimento e da existência do Estado moderno; b) o Estado detém o monopólio do uso da força legítima e isso lhe dá superioridade objetiva com relação a outros atores; c) o Estado moderno controla grande parte dos recursos nacionais e, por isso, consegue elaborar políticas robustas temporal e espacialmente (SECCHI, 2016).

O legislador constituinte foi pródigo em inserir no artigo 5º, da Carta Magna vigente, o direito à vida, à liberdade e à igualdade, assim como aqueles coligados a esses, e todos, em conjunto, circundam o principal deles: a vida humana. Para esses direitos serem convenientemente observados, se faz necessário proporcionar ao ser humano o pleno atendimento na preservação de sua saúde, com o fornecimento de medicamentos para se restabelecer quando for o caso. Tal providência implica haver o conjunto de decisões, planos, metas e ações governamentais direcionadas para a resolução do problema de interesse de cada pessoa afetada pela falta de acesso aos medicamentos (SÉGUIN, 2002⁵; BRASIL, 1988⁶).

As políticas públicas são o conjunto de programas, ações e decisões tomadas pelos governos, sejam na esfera federal, estadual ou municipal com a participação, direta ou indireta, de entes públicos ou privados, objetivando alcançar o atendimento populacional de uma determinada área (SECCHI, 2016, p. 3).

A falta de políticas públicas direcionadas para a educação⁷, o saneamento básico⁸, a

⁵ Conforme Elida Séguin (2004): “[...] o direito da população a um saneamento básico, água potável, serviço de limpeza urbana, drenagem das vias de circulação, energia elétrica, gás canalizado, abastecimento de alimentos e bens, iluminação pública, saúde pública, educação e cultura”. Vide também o artigo 196 da Constituição Federal.

⁶ Art. 196, da Constituição Federal – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁷ Objeto 4 da ODS. Educação de Qualidade – Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.

⁸ Objetivo 6 da ODS. Água potável e saneamento – Assegurar a disponibilidade e a gestão sustentável da água e saneamento para todos.

igualdade de gênero⁹ e a saúde¹⁰ acarreta uma série de problemas que não têm sido tratados corretamente na sociedade brasileira. Além disso, verifica-se que as pessoas que não têm acesso a esse quarteto de necessidades básicas, são aquelas mesmas desprovidas de poder aquisitivo para compra de medicamentos necessários ao restabelecimento de sua saúde, devendo o poder público subsidiá-los ou fornecê-los a esses desatendidos.

O programa de distribuição gratuita de medicamentos, com parceria entre municípios, estados e governo federal por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), é um exemplo salutar de política pública direcionada à área de saúde que deve ser expandida, não ficando circunscrito a apenas determinados medicamentos (MOURA, 2019)¹¹.

Como demonstração de política pública adequada à saúde pública, vale destacar, no âmbito internacional, a ação da Organização Mundial de Saúde (OMS ou WHO em inglês), órgão da ONU, que, em sua 66ª Assembleia Mundial da Saúde, ocorrida em Genebra de 20 a 28 de maio de 2013, aprovou o Plano de Ação Global da OMS para a Prevenção e o Controle de Doenças Não Transmissíveis 2013-2020. Entre outros assuntos tratados durante essa importante reunião, criou-se a Meta Voluntária nº 9, estabelecendo a disponibilidade na ordem dos 80% de tecnologias de base e medicamentos essenciais a preços acessíveis, genéricos inclusive, necessários para tratar as principais doenças não transmissíveis (DNT), seja em unidades de saúde públicas ou privadas (Resolução WHA 66.10) (WHO, 2015)¹².

Para que se tenha uma ideia do que ocorre na realidade brasileira, inclusive comparável com essas disposições internacionais, aborda-se adiante o Sistema de Saúde que vem sendo aplicado no País.

4 UMA VISÃO DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

O Sistema de Saúde no Brasil, antes da reforma ocorrida em 1990, estava estruturado em seis setores com autonomia de recursos, instalações e clientela próprias: a) seguro social; b) Ministério da Saúde; c) funcionários públicos; d) militares; e) estados; f) municípios. Com o advento da Constituição Federal de 1988, o seguro social de saúde foi fechado e todo seu

⁹ Objetivo 5 da ODS. Igualdade de gênero. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas.

O desenvolvimento sustentável não será alcançado se as barreiras tangíveis e intangíveis que impedem o pleno desenvolvimento e exercício das capacidades de metade da população não forem atingidos.

¹⁰ Vide referência 3.

¹¹ Conforme Thaís Moura (2019): “Os medicamentos fornecidos pelo SUS são para o tratamento de câncer, diabetes e hipertensão. Em 16 de julho de 2019 houve a suspensão gratuita de 19 medicamentos para o tratamento de câncer, diabetes e transplantes, dificultando a vida daquelas pessoas com menor poder aquisitivo no tratamento de suas doenças”.

¹² O Plano de Ação Global para a Prevenção e o Controle das DNT proporciona uma mudança de paradigma, submetendo um roteiro e uma lista de opções políticas aos Estados-Membros, à OMS, às demais organizações do sistema das Nações Unidas e organizações intergovernamentais, às ONGs e ao setor privado que, ao serem implementadas coletivamente entre 2013 e 2020, ajudarão a alcançar nove metas voluntárias globais, incluindo a da redução relativa de 25% na mortalidade prematura devida às DNT até 2025. Essas intervenções encontram-se definidas no Apêndice 3 do Plano de Ação Global para a Prevenção e o Controle das DNT 2013-2020.

peçoal, instalações, recursos e usuários foram direcionados e unificados com os do Ministério da Saúde, além de coordenados no SUS com os dos estados e municípios (LAGO, 2007).

O Sistema de Saúde em vigor divide-se em dois setores: a) o Sistema Único de Saúde (SUS), público e gratuito, para oferecer o piso básico de atendimento para toda a população, mediante o abastecimento e o financiamento, dividindo-se em três níveis: federal, estadual e municipal¹³. É o setor de utilização principal pelas camadas mais pobres e de baixa renda, além de atender parte da classe média; b) setor privado, possuidor de caráter voluntário e complementar, regulamentado e controlado pelo governo federal. Terceiriza serviços com unidades do SUS, sendo utilizado por população de média e alta renda que possui seguros adicionais de saúde.

A reforma implementada significou grande progresso, mas ainda persiste o alto grau de segmentação do sistema, persistindo baixa integração, em função de subsistir a heterogeneidade de três tipos: 1) por possuir fornecedor público e privado de crescente importância; 2) por haver três níveis geográficos – federal, estadual e municipal –, cada um com funções próprias de direção, financiamento e fornecimento; 3) pela exclusão das Forças Armadas e algumas polícias estaduais, que mantiveram seus próprios programas, assim como os funcionários públicos federais que foram subsidiados apenas parcialmente (LAGO, 2007).

A Constituição Federal estabelece a participação social no SUS, sendo que a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, em seus artigos 5º e 6º, definem os objetivos e seus campos de atuação (BRASIL, 2020b), inserindo-os no organograma do Ministério da Saúde. Assim, as políticas e os programas nacionais de saúde a serem elaborados envolvem os três níveis/esferas, ficando o nível federal encarregado de aportar a maior parte do financiamento público. Como no artigo 3º deste mesmo diploma, os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinante e condicionante (BRASIL, 2020b).

O SUS mantém o Conselho Nacional com participantes das três esferas e, quando é percebida alguma insuficiência regional ou local, se promovem ações para regularizá-las, supervisionadas e analisadas pelo Sistema. Observa-se que a regulação federal abrange também o setor privado, que atua no controle da qualidade dos serviços prestados, nos preços dos planos e seguros de saúde, e em mecanismos para recuperar custos de serviços utilizados no SUS (BRASIL, 2020a).

Na esfera estadual, as secretarias de Saúde realizam também funções reguladoras dentro das próprias áreas de atuação: de financiamento, parte por transferências federais e parte por suas próprias; de fornecimento, assim como de coordenar as ações de maior complexidade. No âmbito municipal¹⁴, as secretarias de Saúde dos municípios recebem recursos federais e

¹³ Vide artigo, 23, II, da Constituição Federal.

¹⁴ Conforme Carmelo Mesa Lago (2007): “Os municípios possuem autonomia para solicitar seus serviços e avançam em direção a modelos assistenciais ou de polos municipais. Eles atendem a própria população e a de municípios vizinhos, ampliando assim o acesso. Contudo, as regulamentações federais estritas limitam a

estaduais de acordo com as responsabilidades assumidas em sua área de atuação, mais precisamente em seu pacote básico e o Programa de Saúde da Família (LAGO, 2007).

O setor privado demanda a maior parte do gasto de saúde, funcionando independente do SUS, desprovido de vínculos organizacionais, institucionais e financeiros, exceto no que tange à regulação e supervisão federal. O setor é composto por empresas de medicina de grupo (principalmente pré-pagas); cooperativas médicas que restringem o uso a uma lista de fornecedores; grandes empresas com planos para seus funcionários; seguros médicos de reembolso; entidades filantrópicas; gastos à custa do próprio cidadão (LAGO, 2007)¹⁵.

Em 2008, 25,9% da população brasileira dispunham de plano de saúde. Entre estas, 77,5% estavam vinculadas a planos de empresas privadas e 22,5% a planos de assistência ao servidor público. Além disso, do total de pessoas cobertas por plano de saúde, 47,8% eram titulares do plano de saúde único ou principal que possuíam. O levantamento suplementar de saúde da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) estimou em 139,9 milhões o total de pessoas que normalmente procuravam o mesmo serviço de saúde quando precisavam de atendimento, o que correspondia a 73,6% da população (IBGE, 2008)¹⁶.

Pesquisa realizada pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) e pela Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) mostra que 69,7% dos brasileiros não possuem plano de saúde particular, seja individual ou empresarial. Segundo este levantamento esse percentual é ainda maior entre as pessoas das classes C, D e E, atingindo 77%. Destaca que 44,8% dos entrevistados sem plano de saúde disseram utilizar o SUS, principalmente os entrevistados das classes C, D e E (51,4%), quando precisam de atendimento. O restante afirmou que arca com dinheiro do próprio bolso para pagar pelos serviços necessários (BOCCHINI, 2018).

Os dados mostram que o plano de saúde privada é considerado uma prioridade para grande parte de seus usuários. É serviço de primeira necessidade, quando correlacionado aos cuidados de um bem maior, que é a vida.

criatividade dos municípios para se adaptar às necessidades de saúde locais. A Constituição Federal estabelece a participação social no SUS que possibilita instrumento importante para garantir a execução de direitos e o controle de qualidade dos serviços”.

¹⁵ Conforme Carmelo Mesa Lago(2007): “Em 1999, 43% das instalações e 70% das camas eram privadas, sendo que 58% dessas camas eram contratadas pelo SUS, além de que a imensa maioria dos equipamentos de alta tecnologia era privada”.

¹⁶ Conforme IBGE (2008): “O posto ou centro de saúde foi o local mais declarado como normalmente procurado (56,8%), seguido pelos consultórios particulares (19,2%) e pelo ambulatório de hospital (12,2%). As demais categorias – farmácia, ambulatório de clínica ou de empresa, pronto-socorro e agente comunitário entre outros – contabilizaram 11,8% dos locais procurados. O posto de saúde foi normalmente procurado principalmente pelas pessoas pertencentes às classes de rendimento mensal domiciliar *per capita* mais baixo. Para aqueles que viviam em domicílios com rendimento *per capita* de até ¼ do salário mínimo, 77,2% procuravam regularmente este local para atendimento. Conforme aumentava o rendimento, a proporção de pessoas que procuravam este local se reduzia, atingindo apenas 4,8% entre aqueles com rendimento mensal domiciliar *per capita* de mais de cinco salários mínimos “.

4.1 Setor farmacêutico

A Central Única de Medicamentos (CEME)¹⁷ foi desativada em 1997, ensejando o processo de discussão com todos os setores nacionais interessados na definição das responsabilidades pela gestão e pelo financiamento da assistência farmacêutica nas três esferas do SUS. Nesse processo foram identificados e analisados os principais problemas do setor farmacêutico nacional, culminando com a publicação da Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, que aprovou a Política Nacional de Medicamento (PNM), integrada à Política Nacional de Saúde (PNS) (OLIVEIRA; LABRA; BERMUDEZ, 2006).

A PNM tem os seguintes objetivos: assegurar os compromissos de governo e outras instâncias; garantir o acesso a medicamentos essenciais (OPS, 2005; WHO, 2015)¹⁸, principalmente para o atendimento de agravos prioritários de saúde da população; garantir a qualidade, eficácia e segurança dos medicamentos; promover o uso racional dos medicamentos.

A PNM é fundamental na descentralização da gestão, na promoção do uso racional dos medicamentos e na otimização e eficácia do gerenciamento da assistência farmacêutica. No cumprimento de sua missão apresenta oito diretrizes e prioridades: adoção da RENAME e da regulamentação sanitária de medicamentos; reorientação da assistência farmacêutica; promoção do uso racional de medicamentos (URM); desenvolvimento científico e tecnológico; promoção da produção de medicamentos; garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos; desenvolvimento e capacitação de recursos humanos (OPS, 2005)¹⁹.

Na tentativa de implementação da PNM foram empreendidos esforços, lastreados nas metodologias propostas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que se desenvolveram entre 1998 a 2003 (OPS, 2005)²⁰.

¹⁷ Conforme Oliveira; Labra; Bermudez (2006): “Iniciativas importantes da CEME foram o lançamento do Programa de Farmácia Básica (1987), que constava de uma seleção de aproximadamente 40 itens de medicamentos integrantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), destinados ao uso ambulatorial (atenção primária), e o estabelecimento da Comissão Multidisciplinar de Revisão da RENAME (Portaria CEME nº 45, de 14 de novembro de 1996). Em 1997, o governo federal desativou a CEME, através da Medida Provisória nº 1.576, do Decreto nº 2.283 e da Portaria GM nº 1.085. Suas competências, planos e programas foram sendo assumidos, aos poucos, por várias instâncias do Ministério da Saúde e também pelos estados e municípios”.

¹⁸ Conforme OMS (2015): “A OMS considera medicamentos essenciais aqueles que servem para satisfazer as necessidades de atenção à saúde da maioria da população. São selecionados de acordo com sua relevância na saúde pública, evidência sobre a eficácia e a segurança e os estudos comparativos de custo efetividade. Devem estar disponíveis a todo o momento, nas quantidades adequadas, nas formas farmacêuticas requeridas e a preços que os indivíduos e a comunidade possam pagar. No Brasil a relação de medicamentos essenciais é atribuição da RENAME”.

¹⁹ As prioridades da PNM são: revisão permanente da RENAME; reorientação da assistência farmacêutica; promoção do uso racional de medicamentos; organização das atividades de vigilância sanitária de medicamentos. O planejamento orçamentário, que viabiliza o cumprimento das diretrizes, dos objetivos e das metas, foi realizado por meio do Plano Plurianual atualizado em 2003, definindo as atividades, as responsabilidades, o orçamento e os seus prazos de aplicação.

²⁰ Em 1998 – Avaliação do Programa Farmácia Básica: programa criado com o intuito de contornar possível crise de desabastecimento de medicamentos no SUS no período entre a extinção da CEME e a discussão e publicação

O órgão responsável pela regulamentação da área de medicamentos é a Vigilância Sanitária, criada pela Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, à qual ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos²¹. Por sua vez, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, criou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS) e a Anvisa²², cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 3029, de 16 de abril de 1999.

Nesse período o Brasil já possuía cerca de 400 empresas farmacêuticas. Dessas, 20 multinacionais dominam cerca de 80% do mercado, enquanto as 380 empresas de capital nacional são responsáveis por, aproximadamente, 20% do faturamento total. Cabe salientar que o parque industrial brasileiro de medicamentos é bastante desenvolvido com relação à capacidade de fabricação de produtos finais. Concomitantemente a isso, se constata o desenvolvimento na produção, evidenciando forte dependência da importação de farmacológicos principalmente vindos da Índia.

4.2 A atuação das empresas farmacêuticas

Os medicamentos se tornaram imprescindíveis para a sociedade brasileira, estando sob o controle de poucas empresas da área farmacêutica, que atuam de forma globalizada. Tal processo iniciou-se na década de 1980, com a fusão dos maiores laboratórios existentes no mercado mundial, com o objetivo de aumentar a rentabilidade dos negócios e obter maiores aportes de investimentos, ocasionando que esses conglomerados conquistem o domínio de 40,4% do mercado mundial. Nos anos 1990, as fusões prosseguiram e atualmente 100 companhias de grande porte são responsáveis por cerca de 90% dos produtos farmacêuticos para o consumo humano (OLIVEIRA; LABRA; BERMUDEZ, 2006)²³.

No Brasil existem 21 laboratórios oficiais que produzem juntos cerca de 30% dos medicamentos utilizados no SUS. Além disso, com os acordos, o Ministério da Saúde garante a produção dos medicamentos antes comprados de empresas privadas, muitas delas

da PNM, que propiciaria o redesenho do sistema de abastecimento; 1999 – avaliação do incentivo à assistência farmacêutica básica: modelo de financiamento do abastecimento de medicamentos, definido a partir da PNM e implicando a participação das três esferas de governo para os medicamentos utilizados na atenção básica de saúde, com a descentralização dos procedimentos de programa e aquisição para os estados e municípios; 2001 – estudo multicêntrico: Strategies for enhancing access to medicines (SEAM-MG), estudo financiado pela Fundação Bill e Melinda Gates; 2001 – organização da assistência farmacêutica nos municípios brasileiros; 2003 – Diagnóstico da Farmácia Hospitalar no Brasil: com a finalidade de conhecer os aspectos da estrutura e do processo das farmácias hospitalares no País, criando as bases para o monitoramento desse segmento nos âmbitos público e privado.

²¹ Até 1999, a regulação sanitária de medicamentos era de responsabilidade da extinta Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

²² A Anvisa é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde ou seja, uma agência reguladora, caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes durante o período de mandato e autonomia financeira, possuindo autoridade na sua execução de forma complementar e integrada com as vigilâncias sanitárias estaduais e municipais.

²³ Conforme Oliveira; Labra; Bermudez (2006): “Cerca de 75% dessa produção é consumida, principalmente, nos Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Itália e Reino Unido. Nesses países, a proporção maior dos gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D) tem sido direcionada ao atendimento de demandas de suas populações, por exemplo, doenças crônicas-degenerativas ou problemas como calvície, enxaqueca, depressão, substâncias que, eventualmente, atuariam no adiamento do envelhecimento ou no controle da obesidade “.

estrangeiras, estimando uma grande economia nos gastos com a compra de medicamentos (BRASIL, 2020g)²⁴. No entanto, tais laboratórios ainda operam de forma quase ociosa, pois têm capacidade de produzir, aproximadamente, 11 bilhões de unidades farmacêuticas/ano, com 195 apresentações farmacêuticas, abrangendo mais de 107 princípios ativos. Para se chegar à produção plena, é necessário existir uma política industrial, científica, tecnológica e de saúde pública que oriente seu funcionamento.

Em 2017, o Brasil subiu duas posições no *ranking* global, tornando-se o sexto maior mercado farmacêutico do mundo, atrás apenas dos Estados Unidos, da China, do Japão, da Alemanha e da França, segundo a IQVIA²⁵ (GUIADAFARMACIA, 2018)²⁶. Diante desse panorama, é o caso de se verificarem as obrigações do Estado, com relação aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

5 O ESTADO E SUAS OBRIGAÇÕES

Em 2015, a ONU propôs aos países membros uma nova agenda de desenvolvimento sustentável para os próximos 15 anos, a Agenda 2030, composta pelos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), tendo o Brasil aquiescido no cumprimento da proposta. Os princípios da Agenda 2030 e dos ODS se resumem no seguinte: universalidade – são relevantes para todas as pessoas; integração – equilibra as dimensões ambiental, social e econômica; não deixar ninguém para trás, pois os ODS têm a intenção de beneficiar todas as pessoas em todos os lugares. (PACTO GLOBAL, 2020).

Apesar do inegável progresso mundial, especialmente no avanço tecnológico, as doenças crônicas e as resultantes de desastres continuam sendo os principais fatores que causam a pobreza e a privação de insumos básicos para os mais vulneráveis. Atualmente, 63% de todas

²⁴ Os Laboratórios Oficiais são: Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos (Bio-Manguinhos), no Rio de Janeiro-RJ; Instituto de Tecnologias em Fármacos (Far-Manguinhos), no Rio de Janeiro-RJ; Fundação Ezequiel Dias (FUNED), em Belo Horizonte-MG; Fundação para o Remédio Popular (FURP), em Guarulhos-SP; Indústria Química do Estado de Goiás (IQUEGO), em Goiânia-GO; Instituto Vital Brazil (IVB), em Niterói-RJ; Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco S.A. (LAFEPE), em Recife-PE; Laboratório Farmacêutico do Rio Grande do Sul (LAFERGS), em Porto Alegre-RS; Laboratório Químico Farmacêutico da Aeronáutica (LAQFA), no Rio de Janeiro-RJ; Laboratório de Ensino, Pesquisa e Extensão em Medicamentos e Cosméticos/ Unidade de Produção de Medicamentos da Fundação Universidade de Maringá (FUEM/LEPEMC/UPM), em Maringá-PR; Laboratório Industrial Farmacêutico de Alagoas S.A. (LIFAL), em Maceió-AL; Laboratório Industrial Farmacêutico do Estado da Paraíba (LIFESA), em João Pessoa-PB; Laboratório Farmacêutico da Marinha (LFM), no Rio de Janeiro-RJ; Laboratório de Produção de Medicamentos (LPM), em Londrina-PR; Laboratório Químico Farmacêutico do Exército (LQFEX), no Rio de Janeiro-RJ; Laboratório de Tecnologia Farmacêutica (LTF), em João Pessoa-PB; Núcleo de Pesquisa em Alimentos e Medicamentos (NUPLAM), em Natal-RN; Fundação Universidade do Amazonas (FUAM), em Amazonas-MA; Núcleo de Tecnologia Farmacêutica (NTF), em Teresina-PI; Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia (Hemobrás), em Brasília-DF.

²⁵ (NYSE:Q) é uma empresa líder global no fornecimento de informação, soluções tecnológicas inovadoras e serviços de investigação clínica focada no uso de dados e ciência para ajudar clientes da área da saúde a encontrar melhores soluções para os seus pacientes.

²⁶ Conforme Guiadafarmacia (2018): “O investimento em P&D para a produção de medicamentos em nosso país é irrelevante, em torno de 0,53% de seu faturamento na referida atividade. Enquanto isso, a média de todas as empresas nos demais setores foi de 1,33%. Apesar da excelente margem de lucro, não tem havido investimento tecnológico em empresas, estrangeiras ou nacionais, públicas ou privadas, instaladas no país”.

as mortes no mundo provêm de DNT, principalmente cardiovasculares, respiratórias, câncer e diabetes. Estima-se que as perdas econômicas para os países de renda média e baixa provenientes dessas doenças ultrapassarão US\$ 7 trilhões até 2025.

André-Pierre Contandriopoulos, falando sobre o desafio do acesso a medicamentos em sistemas de saúde, esclareceu que os países têm problemas semelhantes na dificuldade de fornecer diversos serviços, entre eles, o acesso a medicamentos, pela existência de listas de espera inaceitáveis e também pela enorme disparidade existente entre as camadas sociais, no que diz respeito a contar com esses serviços em seu benefício (CONTANDRIOPOULOS, 2010).

Se o direito de acesso a medicamento pela população mais vulnerável for obstado, inibindo o tratamento adequado de sua enfermidade, ela poderia se socorrer ao Poder Judiciário? Sim, pois é livre o acesso. Contudo, se o Estado alegar e provar o comprometimento orçamentário como razão para a não disponibilização de medicamento, utilizando o princípio da reserva do possível, o pleito poderá ser indeferido. Esse princípio significa “o limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a essa prestação” (SARLET; FIGUEIREDO, 2010)²⁷. Entretanto, tal recorrência vai depender do caso concreto a ser analisado pelo Judiciário²⁸.

Existem diversos motivos que impedem o Estado de cumprir com suas obrigações, no que tange ao atendimento às necessidades da saúde da população: falta de recursos e de pessoal, em especial nos hospitais; espera relativamente longa para atendimentos; desvalorização da medicina de primeira linha (atenção primária); tensões frequentes entre a assistência pública e os seguros privados de saúde; repetidos escândalos na prestação de saúde às pessoas menos favorecidas e aos idosos; grandes distâncias geográficas que dificultam o acesso aos serviços; a incapacidade de controlar a alta de preços dos medicamentos e de garantir seu acesso com uso racional (CONTANDRIOPOULOS, 2010). O mesmo autor faz a seguinte afirmativa:

[...] se o aumento de custos estivesse associado a um ganho importante para saúde das pessoas, certamente poderia ser visto como benefício, porém ao comparar-se esse aumento com a esperança de vida ao nascer, que é um indicador de saúde, constata-se que não há relação entre a elevação dos custos e a melhoria na saúde da população²⁹ (CONTANDRIOPOULOS, 2010, p. 18).

²⁷ Vide também: JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-284.

²⁸ Vide (Superior Tribunal de Justiça – Resp 1762423 CE 2018/0220698-0, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Publicação: DJ 24/09/2018).

²⁹ Conforme Contandriopoulos (2010, p. 18): “Para exemplificar, com a base de dados de 2004, o Japão com gastos aproximados de 8,25% do Produto Interno Bruto (PIB) com saúde apresenta uma esperança de vida ao nascer de 82,2 anos, enquanto o Reino Unido, com o mesmo gasto, apresenta para esse indicador a idade de cerca de 78,7 anos. Nos EUA, com um gasto em saúde de aproximadamente 15,4% do PIB, a esperança de vida ao nascer corresponde a 77,6 anos, muito próxima da Dinamarca que gastou 8,9% do PIB”.

Em resposta às referidas questões, Contandriopoulos esclarece que há dois grupos de países: aqueles que dispõem de sistema público financiado, de forma importante, pelo Estado ou por quotização social; os Estados Unidos e a Suíça, nos quais as despesas privadas são significativas. Quando observados o percentual de despesa privada e o aumento dos custos pode-se perceber que existe relação linear entre eles: quanto mais os países têm sistema público, mais fácil torna-se o controle de custos; enquanto nos que tem sistema misto público-privado, mais difícil é esse controle (CONTANDRIOPOULOS, 2010). O mesmo autor acredita que

[...] para se ter um sistema realmente à altura das expectativas da população, dever-se-ia aumentar o financiamento público; integrar os serviços e melhorar sua qualidade; organizar a atenção primária; repensar a governança e a imputabilidade; desenvolver prontuários médicos únicos e utilizáveis por todos os profissionais; e garantir o acesso universal e equânime aos medicamentos. Porém, apesar de essas recomendações serem convergentes, é preciso reconhecer que os resultados estão longe das expectativas. Fala-se sobre o que deve ser feito, mas frequentemente não se faz o que deveria ser feito. Tem-se, então, a impressão de que as reformas propostas não têm a capacidade de modificar a trajetória do sistema de saúde e de organizar as transformações requeridas para permitir o encontro da tríplice exigência de ser equidade, liberdade e eficiência (CONTANDRIOPOULOS, 2010, p. 20).

Observe-se que o acesso equânime aos medicamentos é igualmente difícil de se garantir. Trata-se de componente essencial para a preservação da saúde e não se pode criar impasse nessa área negando o acesso, em especial considerando que a saúde é um direito e o Estado é seu provedor, devendo assegurar a cada pessoa, por políticas públicas próprias, o tratamento prescrito. Por outro lado, os medicamentos muitas vezes indispensáveis ao tratamento são cada vez mais onerosos, se bem que imprescindíveis. Conforme reiterado em diversas oportunidades, o fato de o Estado não garantir o acesso a tratamento adequado para o cidadão agride o direito à saúde assegurado na Constituição Federal.

Constata-se que a despesa *per capita* com medicamentos em diferentes países é muito variável, sendo também a responsabilidade pública em relação a eles muito variável. Aviva o autor que, quanto à regulação dos medicamentos, coexistem quatro lógicas: 1) lógica do mercado (importância do lucro e responsabilidade social), 2) lógica profissional (independência profissional); 3) lógica democrática (o papel do Estado no atendimento dos seguintes direitos: o direito à saúde e ao acesso a medicamentos com equidade; o direito à propriedade intelectual das farmacêuticas, que constituem parte importante do produto interno bruto - PIB); 4) lógica tecnocrática (é preciso levar em conta a complexidade do tema e encontrar o ponto de equilíbrio entre a necessidade de estabelecer condutas clínicas e terapêuticas e a manutenção da liberdade profissional, conhecida como governança clínica) (CONTANDRIOPOULOS, 2010)³⁰.

A menção às quatro lógicas sobre as quais discorre o autor conduz a duas considerações:

³⁰ Conforme Contandriopoulos (2010): “Na maioria dos países (Dinamarca, Suécia, Finlândia, Noruega, Austrália, Suíça, Alemanha e França) as despesas públicas com esse insumo são superiores às despesas privadas. Existem duas exceções: Canadá e Estados Unidos. Quando se comparam as despesas do setor farmacêutico com as despesas totais dos sistemas de saúde, constata-se que aqueles aumentam mais rapidamente que estes, em todos os lugares. Entretanto, há exceções, na Suécia se consegue controlar as despesas com medicamentos”.

a) nenhuma delas, sozinha, mostra-se suficiente para assegurar a regulação do sistema, independentemente de como ele seja; b) para que uma decisão seja tomada e seja útil, é preciso basear-se em uma dessas lógicas. Daí, Contandriopoulos propõe as seguintes questões: Que lógica prevalece sobre a outra e quando isto ocorreria? Esse impasse pode ser solucionado? Sua resposta é afirmativa, mas implica a ocorrência de um ou mais dos seguintes eventos: a) se a regulação democrática, conduzida pelo mundo político, pudesse assegurar a independência da pesquisa; que pudesse garantir, de maneira rígida e sem nenhuma exceção, a independência da *expertise* na avaliação da eficácia e da segurança dos novos produtos; b) revisão da legislação com respeito à duração das patentes; c) a colocação em prática da prestação de informações completas sobre os medicamentos, obrigando a indústria a rever todos os resultados de suas pesquisas, incluindo aquelas mantidas em segredo; d) o financiamento suficiente à formação inicial e contínua de profissionais; e se o controle dos preços de medicamentos fosse feito pelo governo e não pelas indústrias; e) o controle da publicidade, principalmente aquela voltada para impactar diretamente a população; f) a continuação da reforma dos sistemas de saúde, principalmente aqueles que garantam a universalidade do acesso aos medicamentos e que constituem elemento importante de programas públicos de seguro-saúde (CONTANDRIOPOULOS, 2010, p. 21-25).

Cabe, em seguida, abordar a interface entre os princípios que possam garantir o acesso ampliado aos medicamentos e os interesses das indústrias farmacêuticas do país e do exterior.

6 ACESSO A MEDICAMENTOS *VERSUS* AS INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS

O acesso a medicamentos, segundo a OMS, está relacionado com a seleção racional, preços acessíveis, sistemas de financiamento sustentáveis e sistemas de abastecimento de medicamentos confiáveis.

Thomas Pogge assevera que cerca de 3,4 bilhões de pessoas detêm menos de 2% da renda global, em comparação com os 6% dessa renda recebida por 1% das famílias americanas mais ricas, que constituem três milhões de pessoas. E a discrepância aumenta rapidamente não somente em termos mundiais, mas também no âmbito doméstico da maioria dos países. Em época recente, a desigualdade de renda tem diminuído de forma clara somente em quatro países e o Brasil é um deles, mas ainda está entre as sociedades mais desiguais, com a metade mais pobre ganhando apenas 14% de toda a renda familiar, em comparação com os 45% dos 10% mais ricos (POGGE, 2008).

As mencionadas cifras demonstram que os pobres estão alijados do acesso a medicamentos³¹, pois, conforme assevera o Acordo TRIPS³², o preço alto para medicamentos

³¹ Segundo a OMS, o acesso a medicamentos está relacionado com a seleção racional, preços acessíveis, sistemas de financiamento sustentáveis e sistemas de abastecimento de medicamentos confiáveis.

³² O Acordo TRIPS (em inglês: Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) é

avançados os deixa fora do alcance dos pacientes pobres³³ e estimula a negligência de doenças concentradas nessas populações³⁴.

As pessoas mais pobres estão expostas a doenças contagiosas, entre outras agressivas enfermidades, e carecem de meios para protegê-las e a seus familiares, pois não têm acesso a saneamento básico adequado, não contam com boas condições de higiene e são desprovidos de prestígio que lhes assegurem a destinação de políticas públicas em seu benefício. Carecem, também, de reservas financeiras e de acesso às fontes públicas de conhecimento e tratamento médico adequado para concorrer no espaço social de forma igualitária com os demais. Permanecem, assim, em situação crônica de vulnerabilidade, sem perspectivas de evolução social.

Na visão de Pogge (2008, p. 124) tal situação pode ser alterada desde que se efetivem progressos contra a carga global das doenças (CGD), pois essas doenças afastam, temporariamente ou permanentemente, pessoas do mercado de trabalho. Caso seja empreendida a reforma do financiamento à prestação de tratamentos médicos, tal situação poderá ser melhorada para a clientela em questão.

É salutar esclarecer que existem três categorias de medicamentos: a) os curativos, que removem a doença do corpo do paciente; b) os que aliviam os sintomas e melhoram o bem-estar e o funcionamento do corpo, sem remover a doença; c) os preventivos, que reduzem a probabilidade de contrair a doença. Os medicamentos que aliviam os sintomas são os mais lucrativos, pois os pacientes mais desejáveis são aqueles que não são curados e não morrem, uma vez que continuam adquirindo o medicamento regularmente, favorecendo a indústria farmacêutica detentora da patente³⁵.

Argumenta o autor que o mundo reage de diversas formas contra a crise catastrófica da saúde que atinge as populações de menor renda: com as habituais declarações, informes, conferências, reuniões de cúpula e grupos de trabalho usuais, mas também com tentativas de financiar o fornecimento de medicamentos aos pobres por meio de iniciativas

um tratado Internacional integrante do conjunto de acordos assinados em 1994, que encerrou a Rodada Urugui e criou a Organização Mundial do Comércio (OMC).

³³ Conforme Thomas Pogge (2008): “Hoje em dia, cerca de 100 companhias farmacêuticas de grande porte são responsáveis por cerca de 90% dos produtos farmacêuticos para consumo humano.

Por sua vez, 75% dessa produção é consumida, principalmente, nos Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Itália e Reino Unido. Nesses países, a proporção maior dos gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D) tem sido direcionada ao atendimento de demandas de suas populações, por exemplo, doenças crônico-degenerativas ou problemas como calvície, enxaqueca, depressão, substâncias que eventualmente atuam no adiamento do envelhecimento ou no controle da obesidade”.

³⁴ Essa negligência se concentra no fato de as grandes empresas farmacêuticas preferirem desenvolver produtos destinados a público possuidor de recursos para comprar seus produtos, como aqueles para queda de cabelo, remoção de acne etc., em vez de investir em pesquisa para doença de Chagas, tuberculose, doença do sono, entre outras.

³⁵ Os medicamentos que aliviam a dor colocam o pobre e o rico no mesmo pé de igualdade, pois não terão sua doença curada e ficarão à mercê do medicamento por longo período de sua vida.

intergovernamentais, com a “3 em 5”³⁶, mediante programas governamentais como o Plano de Emergência do Presidente dos EUA para Alívio da Aids (PEPFAR), por meio de parcerias público-privadas, como a Aliança Global para Vacinas e Imunização (GAVE) e o Fundo Global para Combater a Aids, Tuberculose e Malária (GFATM). Ocorrem, também, doações de remédios das companhias farmacêuticas, bem como esforços variados para promover o desenvolvimento de novos medicamentos para as moléstias dos pobres, como a Iniciativa de Medicamentos para Doenças Negligenciadas (DNDi), o Instituto para Uma Saúde Mundial (One World Health – IOWH), o Instituto Novartis para Doenças Tropicais e vários prêmios, bem como compromissos antecipados de compra³⁷ e compromissos antecipados de mercado (POGGE, 2008)³⁸.

Constatou-se, no decorrer dos anos, que os programas mencionados aplicaram bilhões de dólares para neutralizar o custo imposto aos pobres do mundo pela globalização das patentes monopolizadas, cujas ações foram materializadas com a criação OMC, mas não atingiram de forma plena seu objetivo.

Torna-se intangível pensar que este objetivo seja alcançado, se for tratado pela ótica das empresas farmacêuticas, com base aos pontos apresentados por Pogge (2008, p. 129-131) a seguir: a) devido aos preços altos dos remédios – os preços praticados pelas empresas farmacêuticas estão diretamente ligados à proteção de sua patente e, enquanto ela estiver em vigor, os preços não vão diminuir, pois o lucro é o objetivo principal, senão único, do empresário; b) negligência em relação às doenças concentradas nas populações pobres, por mais disseminadas que sejam essas doenças – o público-alvo está em países pobres e o custo-benefício para as empresas não é atrativo, motivo suficiente para serem deixadas de lado as pesquisas destinadas à cura dessas enfermidades; c) preferência pelo alívio de sintomas – as empresas farmacêuticas querem lucrar e vão lucrar muito mais se não curarem as doenças, mas somente entregarem medicamentos que aliviem os sintomas e melhorem o bem-estar; d) desperdício – para implantar seu produto num Estado, a empresa precisa obter sua aprovação em órgão estatal próprio. Tal providência implica despesas, assim como o monitoramento

³⁶ Anunciado em 2003, este programa conjunto WHO/UNAIDS destinava-se a fornecer, até 2005, tratamento antirretroviral a 3 milhões (do que era então estimado em 40,3 milhões) de pacientes de Aids nos países menos desenvolvidos. Na realidade, o número de pacientes que receberam esse tratamento aumentou somente em 0,9 milhão e chegou a 1,3 milhão no final de 2005.

³⁷ Conforme Thomas Pogge (2008): Um compromisso antecipado de compra (APC) é uma promessa de compra, a um preço preestabelecido e lucrativo, de um grande número determinado de doses de um medicamento novo que obedece a certas especificações.

Constata-se situação similar sendo aplicada no Brasil entre o Ministério da Saúde (MS) e algumas empresas farmacêuticas privadas, sob a denominação de Parcerias para o Desenvolvimento Produtivo (PDPs), sendo que estas empresas têm seu estoque adquirido pelo MS para utilização pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelo prazo de cinco anos.

³⁸ Conforme Thomas Pogge (2008): Um compromisso antecipado de mercado (AMC) é uma promessa de subsidiar a venda de grande número determinado de doses de um medicamento novo que obedece a certas especificações. O único AMC emitido até agora – financiado por Itália, Reino Unido, Canadá, Rússia, Noruega e a Fundação Gates – é para vacinas contra doença pneumocócica, causa importante de pneumonia e meningite entre as populações pobres. Novos relatórios sugerem que ele está projetado para servir, sobretudo aos interesses da indústria farmacêutica.

dessas jurisdições, a fim de impedir possíveis violações de suas patentes; e) falsificação – quando o preço de venda de determinado produto está muito acima de seu custo de fabricação (*mark-up*), isto incentiva a manufatura e venda ilegal desses medicamentos; f) *marketing* excessivo – se o *mark-up* for muito grande, as indústrias farmacêuticas julgam viável fazer esforços especiais para aumentar o volume de vendas influenciando o receituário dos médicos, assediando-os com promotores de venda; g) “problema de última milha” – a companhia farmacêutica que desenvolvesse esforço moralmente motivado para permitir aos pobres se beneficiarem de seu medicamento patentado, correria o risco de prejudicar seriamente sua posição econômica. Quando arcar com o esforço para tornar o remédio disponível de forma adequada aos pacientes pobres, promovendo a ocorrência de doença da qual dependem seus lucros, vai também perder os clientes ricos, que vão encontrar maneira de comprar barato medicamentos destinados aos pobres; h) licenças compulsórias – promovidas por alguns governos, a fim de obter para suas populações acesso mais barato a medicamentos patentados³⁹.

Tal situação pode ser modificada, segundo o autor, por meio da implantação do Fundo de Impacto sobre a Saúde Global (Health Impact Fund), no sentido de promover, junto àqueles que detêm a patente dos medicamentos, a opção de oferecer os medicamentos a preço de custo, em troca de uma recompensa monetária anual baseada no impacto que tal iniciativa possa acarretar aos negócios.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde atingiu o *status* de Direito Humano Fundamental há sete décadas na sociedade internacional, bem como em diversas constituições ao redor do mundo, mas para se tornar direito exercido na prática, implica outro patamar a ser alcançado. Tal situação prática pode ser constatada no caso dos medicamentos que, mesmo prevista no terceiro item dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) a serem alcançados até 2030, sua execução tem sido severamente inibida pelas dificuldades que se apresentam a cada momento.

Existe necessidade premente de se institucionalizarem mecanismos no sentido de os grandes conglomerados farmacêuticos internacionais desenvolverem pesquisas para o tratamento de doenças com *habitat* no Terceiro Mundo. É crucial haver a mediação do Estado no fomento e na gestão em P&D de medicamentos direcionados aos problemas de saúde das áreas mencionadas. Entretanto, tal iniciativa implica haver acordo entre as farmacêuticas internacionais e os Estados, no qual não haja perdas consideráveis para nenhuma das partes: nem para as farmacêuticas, devido ao investimento aplicado na produção do medicamento; nem para o Estado, não sendo extorquido pelo preço abusivo que seja cobrado pelos medicamentos

³⁹ Apesar de permitidas especificamente pelo acordo TRIPS e reafirmados pela Declaração de Doha (vide: <<https://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/Declaracao-sobre-o-Acordo-de-TRIPS.pdf>>), as licenças compulsórias são energeticamente condenadas pelos laboratórios. As administrações governamentais que ousam emití-los costumam ser censuradas e penalizadas por essas empresas e pelos governos dos países ricos que defendem os interesses delas.

adquiridos.

O Estado brasileiro deve ter atuação mais contundente diante das indústrias farmacêuticas, com seu poder econômico e de *lobby*. Para isso, se faz necessário o investimento robusto em pesquisa e desenvolvimento nos laboratórios do governo; na aquisição de insumos; no estabelecimento de normas para a produção, registro, comercialização, distribuição e dispensação de medicamentos; no controle mais efetivo das farmacêuticas, em suas propagandas reproduzidas nas mídias divulgando medicamentos que aliviam os sintomas e melhoram o bem-estar e o funcionamento do corpo, mas não curam as doenças; em campanhas de uso racional de medicamentos e seu controle. Todas essas providências são indispensáveis a fim de atender as necessidades e as expectativas da população, atingindo especialmente a camada mais pobre, sem condições plenas de acesso aos medicamentos essenciais direcionados às suas doenças mais frequentes. Tal iniciativa vem ao encontro ao descrito na Política Nacional de Medicamento (PNM), integrada à Política Nacional de Saúde (PNS) e àqueles nominados por Contandriopoulos (2010) em sua proposta amplamente abordada.

Há consciência de que essas medidas sejam de difícil realização no momento atual, entretanto devem ser expostas e discutidas, para promover a mobilização e o esforço do Estado no sentido de assegurar o direito humano de os setores mais carentes da população terem acesso aos medicamentos, por iniciativa ou não do poder público, evitando se privar do indispensável para sua subsistência. No caso do Brasil, trata-se de situação com dependência direta em vários fatores, entre eles a dotação orçamentária vinculada a três instrumentos normativos – o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual – formatados na Constituição Federal.

A proposta apresentada por Pogge (2008), extensivamente abordada neste trabalho, situa-se numa posição intermediária para a defesa do escopo de ambas as partes: as empresas farmacêuticas não lucram o desejado, mas obterão significativa compensação pelo desenvolvimento tecnológico custeado pelo Estado até a descoberta do remédio desejado; os pobres, sem recursos econômicos que lhes permitam a compra do remédio, serão atendidos em suas necessidades mais prementes. Diante da possibilidade de um acordo desse tipo, vale a pena especular: será que as farmacêuticas vão considerá-lo viável? A queda de braços entre o Estado e as farmacêuticas seja talvez o óbice mais evidente para inviabilizar a negociação. Resta ficar na indagação, pois, conforme se abordou neste artigo, os interesses mercantilistas se apresentam com maior relevância que a observância aos valores da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, surge desponta a esperança de que tal acerto possa ser alcançado, desde que sejam concretizadas as propostas da ODS (objetivos 3,4,5 e 6). Ocasão em que todas as pessoas se conscientizarão sobre o conjunto de princípios e valores que têm a função de garantir a cada cidadão o respeito e observância de seus direitos pelo Estado onde reside.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.

BOCCHINI, Bruno. Pesquisa mostra que quase 70% dos brasileiros não têm plano de saúde. **Agência Brasil**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-02/pesquisa-mostra-que-quase-70-dos-brasileiros-nao-tem-plano-de-saude-particular>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 set. 1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6360.htm>. Acesso em: 3 abr. 2020a.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 set. 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 8 abr. 2020b.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 abr. 2020c.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 2 abr. 2020d.

BRASIL. Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 jan. 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 5 abr. 2020e.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto nº 3029, de 16 de abril de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 abr. 1999. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029>. Acesso em: 5 abr. 2020f.

BRASIL. Ministério da Saúde. Laboratórios Oficiais. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/assistencia-farmacutica/laboratorios-oficiais>>. Acesso em: 5 abr. 2020g.

CONTANDRIOPOULOS, André-Pierre. O desafio do acesso a medicamentos em sistemas públicos de saúde. In: BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Relatório do Seminário Internacional de Assistência Farmacêutica do CONASS**. Brasília, DF: Conselho

Nacional de Secretários e Saúde (CONASS), 2010.

GUIADAFARMACIA. Brasil é o sexto maior mercado farmacêutico do mundo. Disponível em: <<https://guiadafarmacia.com.br/matéria/brasil-e-o-setor-mercado-farmacaceutico-do-mundo>>. Acesso em: 6 abr. 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**: um panorama da saúde no Brasil, acesso e utilização dos serviços, condições de saúde e fatores de risco e proteção à saúde, Rio de Janeiro, 2008.

JACOB, Cesar Augusto Alckmin. A “reserva do possível”: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação da verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 237-284.

LAGO, Carmelo Mesa. O Sistema de Saúde brasileiro: seu impacto na pobreza e na desigualdade. Disponível em: <<https://nuso.org/articulo/o-sistema-de-saude-brasileiro-seu-impacto-na-pobreza-e-na-desigualdade/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

MOREIRA, Nelson Camatta. **Fundamentos de uma teoria da constituição dirigente**. Florianópolis: Conceito, 2010.

MOURA, Thaís. Ministério da Saúde suspende 19 medicamentos gratuitos do SUS. **Correio Braziliense**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2019/07/16/interna_ciencia_saude,771353/ministerio-da-saude-suspende-19-medicamentos-gratuitos-do-sus.shtml>. Acesso em: 22 mar. 2020.

NEGRI, Stefania. Saúde e Direito Internacional: algumas reflexões sobre a tardia afirmação de um direito fundamental. **Boletim Saúde**, Porto Alegre, v. 24, n. 2, p.63-74, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, Gléubia Andrade de; LABRA, Maria Eliana; BERMUDEZ, Jorge. A produção pública de medicamentos no Brasil: uma visão geral. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, p. 2379-2389, nov. 2006.

ONU. Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 22 abr.2020.

OPS. **Avaliação da assistência farmacêutica no Brasil**: estrutura, processo e resultados. Brasília, DF: Ministério da Saúde/Organização Pan-americana de Saúde, 2005.

PACTO GLOBAL. **Objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS)**. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/ods>>. Acesso em: 29 mar.2020.

POGGE, Thomas. Medicamentos para o mundo: incentivo à inovação sem obstruir o acesso livre. Tradução: Pedro Maia Soares. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, ano 5, n. 8, p. 122 -149, jun. 2008.

SANZ, Consuelo Cuesta. La salud como Derecho Humano. In: LA CALLE, María José de La Fuente y de la Calle; PARDO, Miguel Ángel Montanés; VIÑAS, Antonio Rovira (Coord.). **La**

Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario. Barcelona: Boscil, 1998, p. 291-298.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benett (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da cidade:** promessa de inclusão social, justiça social. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WHO. Medicamentos essenciais e tecnologias sanitárias fundamentais no quadro das doenças não transmissíveis: em prol de um conjunto de ações destinadas a melhorar o seu acesso em condições equitativas nos Estados-Membros. Disponível em: <https://www.who.int/nmh/events/essential_medicines_2jul15_portugese.pdf>

A repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos de covid-19: cada um por si e todos contra o vírus

Heron Abdon Souza ¹

Resumo

A Constituição de 1988 estabelece uma repartição de competências em matéria de saúde entre os entes federativos que orientou a edição de atos normativos federais, estaduais e municipais no enfrentamento dos efeitos das diversas matizes da crise provocada pela pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2). O presente artigo busca analisar a diversidade desse arcabouço jurídico e sua repercussão na sociedade e no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Competências; Constituição; Cooperação; COVID-19; Federalismo.

Abstract

The Constitution of 1988 establishes a division of competences in health matters among the federated entities that guided the edition of federal, state and municipal normative acts in facing the effects of the different shades of the crisis caused by the pandemic of the new coronavirus (SARS-CoV-2). This article seeks to analyze the diversity of this legal framework and its impact on society and the Judiciary.

Keywords: Competences; Constitution; Co-operation; COVID-19; Federalism.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil e os demais países do mundo vêm enfrentando, nos últimos meses, as implicações sanitárias, sociais e econômicas resultantes da pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2).²

Apesar de estarem diante de um “inimigo” comum (o vírus) e um objetivo comum (conter e enfrentar a pandemia), a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disputaram hegemonias institucionais esmaecendo o pacto federativo.

A partir da adoção do instrumento jurídico “quarentena”, previsto no inciso II, do art. 2º, da Lei Federal nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020³, as medidas sanitárias restritivas/protetivas (normas infralegais) adotadas mostraram-se variadas e conflitantes entre os entes federativos.

Cabe à União deter a exclusividade na contenção e enfrentamento da pandemia do novo coronavírus e a concentração administrativa para editar normas gerais sanitárias, com vigência nacional, em detrimento

¹ Professor Adjunto de Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

² WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)**. Genebra, 30 jan. 2020. Disponível em <<https://www.who.int/>>. Acesso em 01/06/2020.

³ BRASIL. Lei Federal nº 13.979/2020. Art. 2º - Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I – (...); e II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm>. Acesso em 04/06/2020.

do federalismo cooperativo?

O presente artigo se propõe a analisar a complexa divisão constitucional de competências federativas em matéria de saúde, a amplitude e o descompasso jurídico-federativo na implementação das políticas públicas essenciais para contenção e combate à pandemia do SARS-CoV-2, os limites de cada personagem (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.⁴

2 A REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS EM MATÉRIA DE SAÚDE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

A Constituição de 1988 estabelece uma cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a partir de uma divisão de competências/responsabilidades não hierarquizadas.⁵

A adoção do modelo do federalismo cooperativo pressupõe⁶ igualdade e equilíbrio perante um complexo sistema de repartição constitucional de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.⁷

Nesse sentido, destaca-se excerto da ementa do acórdão do Recurso Extraordinário nº 1.247.930-AgR/SP, julgado em 13 de março de 2020 pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, sob Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes:

[...] 4. A Federação nasceu adotando a necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio país, garantindo-lhe, como afirmado por HAMILTON, a oportunidade máxima para consecução da paz e da liberdade contra o facciosismo e a insurreição (The Federalist papers, nº IX), e permitindo à União realizar seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros e de equilíbrio no exercício das diversas funções constitucionais delegadas aos três poderes de Estado. 5. Durante a evolução do federalismo, passou-se da ideia de três campos de poder mutuamente exclusivos e limitadores, segundo a qual a União, os Estados e os Municípios teriam suas áreas exclusivas de autoridade, para um novo modelo federal baseado, principalmente, na cooperação, como salientado por KARL LOEWESTEIN (Teoria de la constitución. Barcelona: Ariel, 1962. p. 362). 6. O legislador constituinte de 1988, atento a essa evolução, bem como sabedor da tradição centralizadora brasileira, tanto, obviamente, nas diversas ditaduras que sofremos, quanto nos momentos de normalidade democrática, instituiu novas regras descentralizadoras na distribuição formal de competências legislativas, com base no princípio da predominância do interesse, e ampliou as hipóteses de competências concorrentes, além de fortalecer o Município como polo gerador de normas de interesse local. 7. O princípio geral que norteia a repartição de

⁴ Nesse sentido, destaca Paulo Gustavo Gonet Branco: "uma vez que não há o direito de secessão na fórmula federativa, os conflitos que venham a existir entre os Estados-membros ou entre qualquer deles com a União necessitam ser resolvidos para a manutenção da paz e da integridade do Estado como um todo. Assumindo feição jurídica, o conflito será levado ao deslinde de uma corte nacional, prevista na Constituição, com competência para isso". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 843)

⁵ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos. 1999, p. 188

⁶ Sobre o caráter teórico do federalismo cooperativo: "(...) a prática do federalismo sob a Constituição de 1988 tem sido bem diversa do previsto no texto constitucional. Um exemplo, consequência direta da falta de uma política nacional de desenvolvimento, é a guerra fiscal, travada entre os Estados para a atração de novas indústrias". (BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 95-96).

⁷ SILVA, José Afonso da. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 98.

competência entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro é o princípio da predominância do interesse, tanto para as matérias cuja definição foi preestabelecida pelo texto constitucional, quanto em termos de interpretação em hipóteses que envolvem várias e diversas matérias, como na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade. 8. A própria Constituição Federal, portanto, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos, União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-membros e Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I) [...] ⁸

Sobre o federalismo cooperativo, destacou o Ministro Edson Fachin (Relator) em seu voto no julgamento da ADI 5358 em 03 de agosto de 2016:

As transformações sociais mudam, por consequência, as concepções do Estado, inclusive no tocante à sua estruturação, atingindo também a repartição de competências. Determinando-se a igualdade e equilíbrio entre os entes, a Constituição ressalta a necessidade de maximização do exercício destas competências para que o Estado cumpra seu desiderato de pacificação e satisfação social. É este novo olhar que se propõe a partir da nova ordem inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Um olhar voltado para a otimização da cooperação entre os entes federados; um olhar voltado para a maximização do conteúdo normativo dos direitos fundamentais; um olhar voltado para o respeito e efetividade do pluralismo com marca característica de um Estado Federado. ⁹

O princípio geral que norteia a repartição constitucional de competências entre os entes federativos é o princípio da predominância do interesse. Caberá à União as matérias de interesse nacional, aos Estados as matérias em que prevalecerem o interesse regional e aos Municípios os assuntos de interesse local. Já o Distrito Federal acumula as matérias de interesses regional e local. ¹⁰

A repartição constitucional de competências federativas é classificada por Alexandre de Moraes a partir de quatro pontos básicos:

1. Reserva de campos específicos de competência administrativa e legislativa: União – Poderes enumerados (CF, arts. 21 e 22) Estados – Poderes remanescentes (CF, art. 25, § 1º) Município-Poderes enumerados (CF, art. 30) Distrito Federal – Estados + Municípios (CF, art. 32, § 1º) 2. Possibilidade de delegação (CF, art. 22, parágrafo único) – Lei complementar federal poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias de competência privativa da União. 3. Áreas comuns de atuação administrativa paralela (CF, art. 23) 4. Áreas de atuação legislativa concorrentes (CF, art. 24) ¹¹

Observa-se, portanto, que a Constituição Federal

estruturou um sistema que combina competências exclusivas, privativas e

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1.247.930-AgR/SP, 1ª Turma**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825659809/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-1247930-sp-sao-paulo-2010187-7220198260000/inteiro-teor-825659819>>. Acesso em 08/06/2020.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5356**. Relator Ministro Edson Fachin, Red. p/acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4817597>>. Acesso em 08/06/2020.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 290.

¹¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 318

princípios com competências comuns e concorrentes, buscando reconstruir o sistema federativo segundo critérios de equilíbrio ditados pela experiência histórica.¹²

Nesse contexto, bem averba Fernanda Dias Menezes de Almeida que a Constituição Federal estruturou

um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.¹³

A repartição constitucional de competências federativas em matéria em saúde está prevista nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, respectivamente, competências comuns e concorrentes à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para o planejamento e execução de políticas públicas de saúde, a Constituição atribui competência comum a todos os entes federativos (art. 23, II).¹⁴

A Constituição avaliza a competência legislativa da União para a edição de normas gerais (CF, art. 24) mas também acolhe a competência administrativa/material concorrente de todos os entes federativos¹⁵ que, quanto aos temas do referido dispositivo, possuem competência para produzirem normas observando o disposto no §1º (a União tem competência para editar normas gerais), §2º (na hipótese de normas gerais editadas pela União, os demais entes estão limitados a competência suplementar), §3º (caso não seja editada norma geral da União, os demais entes possuem competência legislativa plena para atendimento de suas peculiaridades) e §4º (caso a União edite, supervenientemente, normas gerais, as normas dos demais entes que lhes for contrária serão suspensas).

A competência concorrente supõe o primado da norma de maior abrangência, ou seja, o direito/interesse nacional tem primazia sobre o direito/interesse local pois aquele seria a “expressão política máxima com vistas aos efeitos integradores sobre a nação como um todo”.¹⁶

Moreira Neto destaca que há uma dificuldade “em precisar o critério distintivo do que sejam normas gerais e do que sejam normas específicas”¹⁷ e procura sintetizar as características das normas gerais: a)

¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 477

¹³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Altas S/A, 2010, p. 58

¹⁴ BRASIL. CF/1988, Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

¹⁵ Apesar do caput do art. 24 citar apenas União, Estados e Distrito Federal, os Municípios também se submetem à mesma sistemática em razão do disposto no art. 30, II, da Constituição Federal: Art. 30. Compete aos Municípios: I – [...]; II - complementar a legislação federal e a estadual no que couber. Neste sentido, asseveram Fernanda Dias Menezes de Almeida que “[...] se mostra válido entender que aos Municípios também se conferiu participação na produção normativa concorrente, em virtude do disposto no art. 30, II, que lhes dá competência para complementar a legislação federal e estadual no que couber” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Comentários ao Art. 24*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 810) e Ana Paula Barcellos que “[...] os Municípios não são mencionados no caput do art. 24, mas o art. 30, II, prevê que compete a eles complementar a legislação federal e a estadual no que couber. Assim, da conjugação do art. 24 com o art. 30, II, tem-se que as competências legislativas concorrentes podem incluir todos os entes federativos: à União cabe estabelecer normas gerais, aos Estados compete a edição de normas suplementares, e os Municípios poderão ainda complementar esses dois conjuntos normativos federal e estadual, no que couber” (BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 252).

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 130, abr.-dez. 1988. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 140, abr.-dez. 1988. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

estabelecem princípios, diretrizes, linhas mestres e regras jurídicas; b) não podem entrar em pormenores ou detalhes nem, muito menos, esgotar o assunto legislado; c) devem ser regras nacionais, uniformemente aplicáveis a todos os entes públicos; d) devem ser regras uniformes para todas as situações homogêneas; e) só cabem quando preencham lacunas constitucionais ou disponham sobre áreas de conflito; f) devem referir-se a questões fundamentais; g) são limitadas, no sentido de não poderem violar a autonomia dos Estados; h) são normas de aplicação direta.¹⁸

Concluindo que as normas gerais são:

[...] declarações principiológicas que cabe à União editar, no uso de sua competência concorrente limitada, restrita ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, que deverão ser respeitadas pelos Estados-membros na feitura das suas respectivas legislações, através de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.¹⁹

Nesse sentido, observa Eduardo Cambi que na elaboração das normas gerais, a União desempenha atividade diversa daquela que exerce quando elabora a legislação federal (autodirigismo). Ao dispor sobre as normas gerais, o Congresso Nacional exerce o poder de prescrever normas nacionalmente uniformes, vinculantes a todos os entes federativos²⁰.

Ainda nesse diapasão, nos dizeres de Fernanda Dias Menezes de Almeida

Parece-nos, efetivamente, que a utilização das competências concorrentes, como idealizada, atende aos desígnios de se chegar a maior descentralização, sem prejuízo da direção uniforme que se deva imprimir a certas matérias. Numa palavra, o caminho que se preferiu é potencialmente hábil a ensejar um federalismo de equilíbrio, que depende, embora, como não se desconhece, também de outras providências.²¹

E de Raul Machado Horta

A legislação concorrente, que amplia a competência legislativa dos Estados, retirando-a da indigência em que a deixou a pletórica legislação federal no domínio dos poderes enumerados, se incumbirá do afeiçoamento da legislação estadual às peculiaridades locais, de forma a superar a uniformização simétrica da legislação federal. A repartição concorrente cria outro ordenamento jurídico dentro do Estado Federal, o ordenamento misto, formado pela participação do titular do ordenamento central e dos titulares de ordenamentos parciais.²²

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 149, abr.-dez. 1988. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 159, abr.-dez. 1988. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

²⁰ CAMBI, Eduardo. **Normas gerais e fixação da competência concorrente na federação brasileira**. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 252, out-dez. 1998.

²¹ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Altas S/A, 2010, p. 61

²² HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 324.

Coube a União, nos termos do art. 24, XII da Constituição da República,²³ editar a norma geral sobre “proteção e defesa da saúde” que estabelece uma política pública nacional e dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. Trata-se da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.

Coube aos demais entes federativos, em face do disposto no art. 24, §2º e art. 30, II da Constituição da República, editar legislações suplementares. Ocorre que Estados e Municípios, além do Distrito Federal, na tarefa de adaptação de suas normas específicas às normas gerais da União editaram normas sanitárias de contenção e combate à pandemia do SARS-CoV-2 que despertaram uma crise no pacto federativo. A diversidade de comandos normativos (federais, estaduais e municipais) provocou insegurança jurídica e desorientação na população (inseguranças social e sanitária)

3 O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS ENTRE A UNIÃO E OS ESTADOS

Utilizando como referências as orientações gerais da Organização Mundial da Saúde²⁴, do Ministério da Saúde²⁵ e da Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, os Estados editaram, a partir de março de 2020, medidas sanitárias de alto teor restritivo/protetivo de contenção e enfrentamento ao avanço da pandemia do novo coronavírus: imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio e atividades culturais, recomendação de adoção de trabalho remoto, restrição à locomoção individual e transporte interestadual/intermunicipal e funcionamento apenas de serviços públicos e atividades consideradas essenciais.²⁶

Um ponto fora da curva na implementação de políticas públicas estaduais de alto teor restritivo/protetivo foi o Decreto nº 35.784, de 03 de maio de 2020, do Governo do Estado do Maranhão que incluiu as empregadas domésticas como profissionais com atividades permitidas durante a quarentena e, portanto, expondo-as aos efeitos sanitários haja vista que não poderiam suspender, unilateralmente, suas obrigações com o empregador.

O art. 3º, III – somente serão permitidas as seguintes atividades, ‘J’: “segurança privada, bem como serviços de manutenção, segurança, conservação, cuidado e limpeza em ambientes privados de qualquer natureza, abrangendo empresas, residências, condomínios, entidades associativas e similares”.²⁷

O Governo Federal para conter a heterogeneidade federativo-normativa, criar condições jurídicas

²³ BRASIL. CF, art. 24, XII: Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII - proteção e defesa da saúde.

²⁴ WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic**. Disponível em <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em 01/06/2020.

²⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus COVID 19. O que você precisa saber. Como se proteger**. Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se-proteger>>. Acesso em 01/06/2020.

²⁶ Alguns exemplos. Estado do Rio de Janeiro: Decreto nº 46.980, de 19/03/2020 (Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTAyMjQ%2C>>. Acesso em 08/03/2020). Estado de São Paulo: Decreto nº 64.881, de 22/03/2020 (Disponível em <<http://www.pge.sp.gov.br/acompanhe/covid/arquivo/DecretoN64881.pdf>>. Acesso em 12/06/2020). Estado do Ceará: Decreto nº 33.519, de 19/03/2020. Estado do Amazonas: Decreto nº 42101, de 23/03/2020. (Disponível em <<https://diversidadeamazonica.com.br/wp-content/uploads/2020/03/DECRETO-N.-42.101-DE-23-DE-MAR%C3%87O-DE-2020.pdf.pdf.pdf>> . Acesso em 12/06/2020). Estado do Pará: Decreto nº 609, de 16/03/2020. (Disponível em <<http://www.pge.pa.gov.br/content/legislacoescovid19>>. Acesso em 12/06/2020). Estado de Pernambuco: Decreto nº 48.834, de 20/03/2020. (Disponível em <<https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=6&numero=48834&complemento=0&ano=2020&tipo=&url=>>>. Acesso em 12/06/2020).

²⁷ MARANHÃO. **Decreto nº 35.784 de 03/05/2020**. Disponível em <<https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/wp-content/uploads/2020/05/DECRETO-35.784-DE-3-DE-MAIO-DE-2020.pdf>>. Acesso em 06/06/2020.

para uma concentração administrativa e deter a exclusividade na implementação de políticas públicas (edição de normas sanitárias) para contenção e enfrentamento da pandemia do novo coronavírus em detrimento da cooperação com os Estados e Municípios e competências destes, editou em 20 de março de 2020 a Medida Provisória nº 926²⁸, que:

- a) Alterou o caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º - Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas:

- b) Acrescentou o §8º ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020: Art. 3º, §8º - “As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais.”
- c) Acrescentou o §9º ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020: “Art. 3º, §9º - O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o §8º.”

- d) Acrescentou o §10 ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º, §10 - As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do caput, quando afetarem a execução de serviços públicos e atividades essenciais, inclusive as reguladas, concedidas ou autorizadas, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador.

- e) Acrescentou o §11 ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º, §11 - É vedada a restrição à circulação de trabalhadores que possa afetar o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais, definidas nos termos do disposto no §9º, e cargas de qualquer espécie que possam acarretar desabastecimento de gêneros necessários à população.

- f) Alterou a redação do inciso VI do caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020:

Art. 3º, VI - restrição excepcional e temporária, conforme recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, por rodovias, portos ou aeroportos de: a) entrada e saída do País; e b) locomoção interestadual e intermunicipal

Ressalte-se que:

- a) Os incisos I, II e VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020 vinculam-se diretamente ao inciso II do §7º do caput do art. 3º da mesma lei:

Art. 3º, §7º - As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: I - [...]; II - pelos gestores locais de saúde, desde que autorizados pelo Ministério da Saúde, nas hipóteses dos incisos I, II, V e VI do caput deste artigo.

²⁸ BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20/03/2020.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em 04/06/2020.

- b) Os incisos I e II do caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 não sofreram alterações em suas redações:

Art. 3º - Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: I - isolamento; II - quarentena

Sobre o mesmo contexto, em 22 de março de 2020 foi editada a Medida Provisória nº 927²⁹ que:

- a) alterou a redação do §6º do caput do art. 3º da Lei 13.979/2020: Art. 3º, §6º - “Ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura disporá sobre a medida prevista no inciso VI do caput.”
- b) acrescentou o §6º-A ao caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020: Art. 3º, §6º-A - “O ato conjunto a que se refere o §6º poderá estabelecer delegação de competência para a resolução dos casos nele omissos.”

Foram viabilizadas as premissas legais para que o Governo Federal editasse normas sanitárias infralegais de baixo teor restritivo/protetivo com objetivo de cumprimento obrigatório em todo território nacional.

Em 20 de março de 2020 foi editado o Decreto Federal nº 10.282³⁰ o qual indicara um rol de serviços públicos e atividades essenciais “indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população (...)” e que deveriam ter seu exercício e funcionamento resguardados pelas “pessoas jurídicas de direito público interno, federal, estadual, distrital e municipal, e aos entes privados e às pessoas naturais.”³¹

Em 08 de maio de 2020, o Decreto Federal nº 10.344 acrescentou o inciso LVI ao §1º do caput do art. 3º do Decreto nº 10.282/2020: “Art. 3º, LVI - salões de beleza e barbearias, obedecidas as determinações do Ministério da Saúde.”³² Foram incluídas como atividades essenciais e, portanto, com funcionamento permitido durante a pandemia.

Ocorre que o Governo do Estado de Sergipe, nos termos da alínea ‘b’, do inciso I, do art. 2º do Decreto Estadual nº 40.567 de 24 de março de 2020, proibira a abertura de “salão de beleza” por considerá-lo uma atividade não essencial.³³

Um barbeiro da cidade de Itabaiana (Estado de Sergipe), inconformado com a impossibilidade de não poder trabalhar, impetrou, em 14 de maio de 2020, mandado de segurança (com pedido de liminar) no

²⁹ BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22/03/2020.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 04/06/2020.

³⁰ Posteriormente alterado pelos Decretos nº 10.288, de 22/03/2020, nº 10.292, de 25/03/2020, nº 10.329, de 28/04/2020, nº 10.342, de 07/05/2020 e nº 10.344, de 08/05/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/_decretos2020.htm>. Acesso em 04/06/2020.

³¹ BRASIL. **Decreto nº 10282, de 20 de março de 2020.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 04/06/2020.

³² BRASIL. **Decreto nº 10.344, de 08/05/2020.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.htm>. Acesso em 04/06/2020.

³³ BRASIL. **Decreto nº 40.567 de 24/03/2020.** Disponível em <<https://www.pge.se.gov.br/decretos/>>. Acesso em 05/06/2020. Ressalte-se que o prazo de vigência descrito no caput do art. 2º (17 de abril de 2020) foi sucessivamente prorrogado pelos Decretos nº 40.576, de 16/04/2020; nº 40.587, de 23/04/2020; nº 40.588, de 27/04/2020; nº 40.592, de 07/05/2020; nº 40.598, de 18/05/2020; nº 40.600, de 25/05/2020; nº 40.605, de 01/06/2020. Disponível em <<https://www.pge.se.gov.br/decretos/>>. Acesso em 05/06/2020.

Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe³⁴ requerendo que não se submetesse às regras do Decreto Estadual nº 40.567/2020 com fundamento no conflito direto com a permissibilidade prevista no Decreto Federal nº 20.282/2020 e, conseqüentemente, que fosse autorizado a reabrir o seu estabelecimento comercial.

O Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Ricardo Múcio Santana de A. Lima, em 15 de maio de 2020 concedeu a ordem para suspender a aplicação do Decreto Estadual nº 40.567/2020 pois entendeu que

[...] o Presidente da República pode editar Decretos sobre a pandemia e os Estados e Município possuem competência concorrente, sendo certo que todas as normas federais, estaduais e municipais devem atender à razoabilidade. Gramaticalmente falando, não podemos considerar que uma barbearia seja um salão de beleza, tanto assim é, que o Decreto presidencial refere-se aos dois estabelecimentos. Neste caso, o óbice de funcionamento poderia ser enquadrado na expressão ‘comércio em geral’ constante do Decreto estadual. [...] Ora, a partir do momento que um Decreto presidencial libera o uso de ‘barbearia’, os decretos estaduais e municipais só podem efetivar uma proibição que seja razoável. Então, em casos em que a pandemia se demonstre diversa de outros locais, o decreto estadual encontra razoabilidade. Assim, por exemplo, o Estado do Ceará, que apresentou um índice de contaminação alto em comparação com os demais estados do nordeste. Sergipe vem enfrentando a pandemia com índices normais que não justificam medidas que podem se apresentar mais nocivas que a própria pandemia, considerado o interesse social. A abertura de uma barbearia atendendo a normas ditadas pelos organismos de saúde, em nada difere dos bancos e supermercados. Ou melhor, apresentam um movimento bem inferior e menor risco de contaminação. Por estes argumentos, fundado no princípio da razoabilidade e considerando o Decreto Presidencial, que inseriu os salões de beleza como atividade essencial [...] DEFIRO a liminar para que o Impetrante possa desenvolver sua atividade de **BARBEARIA**, durante o período de restrição imposto pelo Decreto nº 40.567/2020 [...] ³⁵

O Estado de Sergipe ajuizou, em 18 de maio de 2020, no Supremo Tribunal Federal a Suspensão de Segurança nº 5383 (com pedido de medida cautelar)³⁶ destacando o potencial efeito multiplicador da decisão e a grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas. Sustentou, ainda, que as barbearias não poderiam ser classificadas como serviços essenciais e que o Poder Judiciário não deveria se inserir na esfera de atuação do Poder Executivo para contornar os termos de Decreto Estadual nº 40.567/2020.

Em 19 de maio de 2020, o Ministro Dias Toffoli (Relator) deferiu o pedido para suspender, liminarmente, os efeitos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que concedeu a ordem para suspender a aplicação de Decreto Estadual nº 40.567/2020. Aduziu o Relator que a competência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral não afasta a incidência das normas estaduais e municipais expedidas com base na competência concorrente, devendo prevalecer aquelas de âmbito regional, quando o interesse em análise for predominantemente de cunho local. O Ministro concluiu que a abertura de estabelecimentos comerciais (barbearias), especialmente durante uma pandemia, não aparenta ser um tema de interesse nacional.

Um outro caso de descompasso normativo-federativo foi a abordagem do tema “transporte interestadual e intermunicipal” presente simultaneamente no Decreto Federal nº 10.282/2020 (art.3º,V)³⁷ e

³⁴ SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Mandado de Segurança nº 0004311-66.2020.8.25.0000**. Disponível em <<https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>>. Acesso em 06/06/2020.

³⁵ SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Mandado de Segurança nº 0004311-66.2020.8.25.0000**. Disponível em <<https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>>. Acesso em 06/06/2020.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SS 5383**. Relator Ministro Presidente Dias Toffoli. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5383.pdf>. Acesso em 08/06/2020.

³⁷ Texto original do Decreto nº 10.282 de 20/03/2020: art. 3º, V - transporte intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros e o transporte de passageiros por táxi ou aplicativo. Nova redação dada pelo Decreto

em decretos estaduais, por exemplo, no Decreto Estadual (Governo do Estado da Bahia) nº 19.549, de 18 de março de 2020 (art. 5º, I e II)³⁸ e no Decreto Estadual (Governo do Estado do Rio de Janeiro) nº 46.980, de 19 de março de 2020 (art. 4º, VIII e IX).³⁹

Em 26 de março de 2020, a Confederação Nacional do Transporte propôs no Supremo Tribunal Federal a ADPF 665 (com pedido de liminar),⁴⁰ Relator Ministro Luiz Fux, questionando decretos estaduais⁴¹ que determinaram o fechamento indiscriminado das divisas intermunicipais e interestaduais com o objetivo de conter os efeitos da pandemia do novo coronavírus. Alegou que as medidas ofendiam o pacto federativo pois invadiram a competência da União para legislar sobre normas gerais, como estabelecido no art. 24, §1º, da Constituição da República, e foram tomadas sem observar os critérios gerais definidos pela autoridade central competente (União) dispostos na Lei Federal nº 13.979/2020 (alterada pela Medida Provisória nº 926/2020) e no Decreto Federal nº 10.282/2020.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se em 30 de março de 2020:

1. Cabe a todos os entes federados atuar de forma conjunta na execução de ações e serviços de vigilância epidemiológica e de controle do surto de Covid-19 (novo coronavírus), em decorrência da competência material comum delineada pelo art. 23, II, da Constituição Federal e pormenorizada pelos arts. 16 e 18 da Lei 8.080/1990. 2. Há de se dar de forma linear e coordenada entre as unidades federadas o tratamento normativo da restrição do direito de locomoção, no contexto de implementação de medidas necessárias para mitigar as consequências da pandemia de novo coronavírus no território nacional. 3. Imposição unilateral de medidas tendencialmente voltadas ao fechamento de fronteiras, por meio da restrição ao transporte coletivo de passageiros e de cargas, bem como da restrição de ingresso de pessoas de outras unidades da Federação, aparenta desbordar dos limites da competência normativa dos Estados e dos Municípios e avança sobre o campo reservado à União para legislar sobre trânsito, transporte e normas gerais de proteção da saúde (Constituição Federal, arts. 22, XI, e 24, XII e § 1º). 4. Perigo na demora processual decorre dos riscos de lesão a direitos fundamentais – em especial aos direitos sociais à saúde e à alimentação –, devido ao fato de os atos

nº 10.329, de 28/04/2020: V - trânsito e transporte interestadual e internacional de passageiros. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 06/06/2020.

³⁸ BAHIA. **Decreto nº 19.549/2020**. Art. 5º - Ficam suspensas, pelo período de 10 (dez) dias, a partir da primeira hora do dia 20 de março de 2020, a circulação e a saída, e, a partir da nona hora do dia 20 de março de 2020, a chegada: I - de qualquer transporte coletivo intermunicipal, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios de Salvador, Feira de Santana, Porto Seguro, Prado, Lauro de Freitas, Simões Filho, Vera Cruz e Itaparica; II - de ônibus interestaduais, no território do Estado da Bahia. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos?categoria%5B0%5D=2>>. Acesso em 07/06/2020.

³⁹ RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 46.980, de 19/03/2020**: art. 4º, VIII - a partir da 0h (zero hora) do dia 21 de março de 2020, a circulação do transporte intermunicipal de passageiros que liga a região metropolitana à cidade do Rio de Janeiro, à exceção do sistema ferroviário e aquaviário, que operarão com restrições definidas pelo governo do Estado em regramento específico, para atendimento a serviços essenciais nas operações intermunicipais entre a capital e os municípios da Região Metropolitana do Rio de Janeiro; (...) IX - a partir da 0h (zero hora) do dia 21 de março de 2020, a circulação de transporte interestadual de passageiros com origem nos seguintes Estados: São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Distrito Federal e demais estados em que a circulação do vírus for confirmada ou situação de emergência decretada. Compete à Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT ratificar esta determinação até o início da vigência do presente dispositivo. Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/covid19/estadual/decretos>>. Acesso em 06/06/2020).

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 665**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 07/06/2020.

⁴¹ Decretos dos Estados da Bahia (Decreto nº 19.549 de 18/03/2020), Goiás (Decreto nº 9.638 de 20/03/2020), Mato Grosso (Decreto nº 419 de 20/03/2020), Paraná (Decreto nº 10648 de 18/03/2020), Pernambuco (Decreto nº 48.834 de 20/03/2020), Rio de Janeiro (Decreto nº 46.980 de 19/03/2020), Rio Grande do Sul (Decreto nº 55.128 de 19/03/2020) e Santa Catarina (Decreto nº 525, de 23/03/2020).

normativos atacados não levarem em consideração, na imposição das medidas restritivas ao transporte coletivo de passageiros e cargas, os condicionamentos previstos pela Lei federal 13.979/2020, sobretudo as exigências de certeza científica quanto à eficácia das medidas (art. 3º, § 1º), recomendação técnica da Anvisa (art. 3º, VI, "b") e preservação das atividades e serviços de caráter essencial (art. 3º, §§ 8º a 11). Parecer pelo deferimento da medida cautelar.⁴²

Os autos encontram-se conclusos ao Relator desde 14 de maio de 2020.⁴³

O conflito de competência entre a União e os Estados no que cerne a edição de normas sobre “locomção/transporte interestadual e intermunicipal” na contenção dos efeitos da pandemia do SARS-CoV-2 também foi objeto da ADI 6343 (com pedido de medida cautelar),⁴⁴ proposta pelo Rede Sustentabilidade em 24 de março de 2020, Relator Ministro Marco Aurélio, argumentando que, após o Governo Federal editar a Medida Provisória nº 926/2020, que alterou a Lei nº 13.979/2020, iniciou-se uma “patente demonstração de queda de braço com os Estados” pois diversos governadores editaram decretos no sentido de combater a propagação da pandemia em seus territórios. Segundo o requerente, o Presidente da República editou a “citada medida provisória com o fim deliberado de lhe subordinar a competência constitucionalmente atribuída aos entes federados, ou seja, uma verdadeira inversão do pacto federativo”. Sustentou, ainda, a presença de um “verdadeiro emaranhado de exigências com o fim único de corromper a essência do pacto federativo” (“tríplice limitação”) após a edição da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020:

[...] a MP 926, de 2020, trouxe a limitação de que a restrição de locomoção intermunicipal seja condicionada à recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autarquia federal. Por outro ponto, pela posição topográfica dessa mesma alteração na Lei 13.979, de 2020, fica exigida a autorização do Ministério da Saúde para adotar a restrição supra. Já no que toca à MP 927, de 2020, estabelece-se para essa restrição a necessidade de disposição em ato conjunto dos Ministros de Estado da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura.⁴⁵

O Requerente destacou que com a publicação da Medida Provisória nº 926/2020 a redação do inciso VI, do art. 3º, da Lei nº 13.979/2020 foi alterada, permanecendo seu vínculo ao disposto no inciso II, do §7º, do art. 3º da mesma lei e ampliando a necessidade de autorização do Ministério da Saúde inclusive para “locomção intermunicipal” (alínea ‘b’, do inciso VI, art. 3º da Lei nº 13.979/2020) ingressando, dessa forma, no âmbito de competência dos Estados. Nesse sentido foram apresentados na petição inicial os seguintes fundamentos⁴⁶:

a) Julgado do STF:

Os Estados-membros são competentes para explorar e regulamentar a prestação

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 665**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 07/06/2020.

⁴³ Informação extraída do andamento do processo eletrônico. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 15/06/2020.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6343**. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6343**. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6343**. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

de serviços de transporte intermunicipal. (...) A prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito. [ADI 2.349, rel. min. Eros Grau, j. 31-8-2005, P, DJ de 14-10-2005.] = RE 549.549 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 25-11-2008, 2ª T, DJE de 19-12-2008

b) Lei 12.587/2012, art. 17, I:

Art. 17. São atribuições dos Estados: I - prestar, diretamente ou por delegação ou gestão associada, os serviços de transporte público coletivo intermunicipais de caráter urbano, em conformidade com o § 1º do art. 25 da Constituição Federal

c) CF, Art. 30, V: “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.”

No tocante a Medida Provisória nº 927/2020, o Rede Sustentabilidade atentou que, após a sua publicação acrescentando o §6 ao caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, passou-se a exigir um ato conjunto de três Ministros – Saúde, Justiça/Segurança Pública e Infraestrutura – para dispor sobre o prescrito no inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, ingressando, mais uma vez, no âmbito de competência dos Estados no que cerne ao tema “locomção intermunicipal”.

Concluiu a requerente que, mantidas as exigências das Medidas Provisórias nº 926/2020 e nº 927/2020, para um Estado tratar do transporte intermunicipal em seus domínios territoriais dependeria:

(1) recomendação técnica e fundamentada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, (2) autorização do Ministério da Saúde e (3) observar as disposições de ato conjunto dos Ministros da Saúde, da Justiça e Segurança Pública e da Infraestrutura. Um verdadeiro pandemônio burocrático com única finalidade de ceifar a autonomia dos Estados.⁴⁷

Ao final requereu o deferimento de medida cautelar para a suspensão: a) do trecho “e intermunicipal” da alínea ‘b’, do inciso VI, do artigo 3º da Lei nº 13.979/2020, conforme redação dada pela Medida Provisória nº 926/2020; b) do §6º do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, conforme redação dada pela Medida Provisória nº 927, caso se trate de medidas adotadas por Estados e Municípios dentro de suas competências constitucionais; c) do trecho “desde que autorizados pelo Ministério da Saúde” do inciso II, do §7º, do art. 3º da Lei nº 13.979/2020, caso se trate de medidas adotadas por Estados e Municípios dentro de suas competências constitucionais.

Em 06 de maio de 2020, a maioria do Supremo Tribunal Federal concedeu parcialmente a cautelar para:

[...] i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6343**. Relator ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

constitucional de cada ente federativo [...] ⁴⁸

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PANDEMIA DO FEDERALISMO COOPERATIVO

Concomitantemente a análise individual da validade formal e material de atos normativos específicos dos entes federativos para contenção e enfrentamento da pandemia do SARS-CoV-2⁴⁹, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a pronunciar-se numa perspectiva teleológica mais abrangente sobre o conflito constitucional de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios na ADPF 672 e ADI 6341.

A ADPF 672 (com pedido de medida cautelar)⁵⁰ foi proposta, em 01 de abril de 2020, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil alegando que o Presidente da República praticou ações irresponsáveis e contrárias às orientações da Organização Mundial de Saúde e do próprio Ministério da Saúde que indicavam o distanciamento social como instrumento de prevenção e contenção da pandemia do novo coronavírus.

Argumentou o requerente que Governadores e Prefeitos que praticaram medidas de contenção e enfrentamento da pandemia - com fundamento na Lei nº 13.979/2020, art. 23, II e art. 24, XII da Constituição de República - como suspensão de aulas, recomendação de adoção de trabalho remoto, fechamento de shoppings, comércios e parques, interrupção de atividades culturais e recreativas foram criticados e censurados pelo Presidente da República que, dessa forma, violou os preceitos fundamentais do direito à vida (art. 5º, caput, da CF), do direito à saúde (art. 6º, caput, e art. 196 da CF), o princípio federativo (art. 1º, caput, da CF) e a independência e harmonia entre os Poderes (art. 2º da CF).

Em 08 de abril de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes (Relator) asseverou que “na condução dessa crise sem precedentes recentes no Brasil e no Mundo” faz-se mister a otimização do federalismo cooperativo:

Em momentos de acentuada crise, o fortalecimento da união e a ampliação de cooperação entre os três poderes, no âmbito de todos os entes federativos, são instrumentos essenciais e imprescindíveis a serem utilizados pelas diversas lideranças em defesa do interesse público, sempre com o absoluto respeito aos mecanismos constitucionais de equilíbrio institucional e manutenção da harmonia e independência entre os poderes [...]. Lamentavelmente [...] é fato notório a grave divergência de posicionamentos entre autoridades de níveis federativos diversos e, inclusive, entre autoridades federais componentes do mesmo nível de Governo, acarretando insegurança, intranquilidade e justificado receio em toda a sociedade. [...] A gravidade da emergência causada pela pandemia do coronavírus exige das autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, a efetivação concreta da proteção à saúde pública [...]. ⁵¹

Decidiu o Ministro Alexandre de Moraes que as medidas tomadas pelos Governadores e Prefeitos “quanto ao funcionamento das atividades econômicas e as regras de aglomeração” devem ser respeitadas pois

Em relação à saúde e assistência pública, inclusive no tocante à organização do abastecimento alimentar, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6343**. Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

⁴⁹ Tratado no item anterior do presente artigo: locomoção/transporte interestadual e intermunicipal; e funcionamento de barbearia/salão de beleza.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em 07/06/2020.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em 07/06/2020.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Igualmente nos termos do artigo 24, XII [...] prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios, nos termos do artigo 30, inciso II [...].⁵²

Concluiu o Relator pela concessão parcial da medida cautelar determinando

[...] a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.⁵³

A ADI 6341 (com pedido de medida cautelar)⁵⁴ foi proposta, em 23 de março de 2020, pelo Partido Democrático Trabalhista alegando que a Medida Provisória nº 926/2020 alterou e/ou incluiu vários dispositivos ao caput do art. 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 redistribuindo às competências dos entes federativos para a adoção de providências sanitárias no enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do SARS-CoV-2. A inicial destacou os seguintes dispositivos/temas impugnados:

[...] a redistribuição de poderes de polícia sanitária feita pela MP nº 926/2020 na Lei Federal nº 13.979/2020 interferiu nos contornos do regime de cooperação entre os entes federativos, pois confinou à “Presidência da República” (art. 3º, §§ 8º e 9º) ou ao “órgão regulador ou ao Poder concedente ou autorizador” (art. 3º, §§ 10º) as prerrogativas de isolamento (art. 3º, I), quarentena (art. 3º, II), interdição de locomoção (art. 3º, VI), de serviços públicos e atividades essenciais (art. 3º, § 8º) e de circulação (art. 3º, § 11).⁵⁵

O Requerente apontou várias inconstitucionais da Medida Provisória nº 926/2020 e, por arrastamento, do Decreto Presidencial nº 10.282/2020 que detalhou o *modus operandi* da execução das medidas sanitárias de isolamento, quarentena, restrição de locomoção e interdição de atividades e serviços essenciais, na medida que subtraiu a competência (CF, art. 18: violação da autonomia) administrativa comum dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (CF, art. 23, II), dirigir o sistema único (CF, art. 198, I) e executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica (CF, art. 200, II) e promoveu uma “centralização de competência na ‘Presidência da República’ e no ‘órgão regulador ou ao Poder concedente ou autorizador’ (Lei Federal nº 13.979/2020, art. 3º, §§ 8º a 11, com redação da MP nº 926/2020)”

Ao final requereu o Partido Democrático Trabalhista o deferimento de medida cautelar para declarar

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em 07/06/2020.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em 07/06/2020.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

a nulidade dos incisos I, II e VI, bem como dos §§ 8º, 9º, 10 e 11, todos do caput do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020, com redação dada pela MP nº 926/2020, e, por arrastamento, do Decreto nº 10.282/2020

[...] pronunciando-se sua inconstitucionalidade no sentido em que conota exclusividade à União para dispor sobre a interdição de serviços públicos e atividades essenciais – mediante decreto do Presidente da República (art. 3º, §§ 8º, 9º e 11) – e adotar as medidas descritas nos incisos I, II e VI do caput do artigo 3º da Lei Federal nº 13.979/2020 – “desde que em articulação prévia com o órgão regulador ou o Poder concedente ou autorizador” (art. 3º, §§ 10) –, resguardando-se, nos termos do artigo 18 da Constituição, a autonomia de polícia sanitária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para implementar as referidas providências, de competência administrativa comum (CF, art. 23, II; 198, I, e 200, II).⁵⁶

Em 24 de março de 2020, o Ministro Marco Aurélio (Relator) decidiu pela concessão da medida cautelar destacando que necessárias providências da União não afastam atos a serem praticados pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios nos termos do artigo 23, inciso II da Constituição da República. Asseverou o Ministro que “O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.”⁵⁷

Em 15 de abril de 2020 a medida acauteladora foi submetida ao crivo do Plenário do Supremo Tribunal Federal⁵⁸ que

[...] por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.⁵⁹

A Corte enfatizou a gravidade da atitude do Governo Federal de tentar impedir que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementassem as políticas públicas essenciais ao enfrentamento da pandemia do novo coronavírus. Asseverou que a Lei nº 13.979/2020 sobreveio da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica., entretanto, isso não afastaria a necessidade de resguardar a competência concorrente dos demais entes federativos na tomada de providências normativas e administrativas, no exercício de suas autonomias, na execução dos serviços de saúde.⁶⁰ Pertinentes as transcrições de trechos dos votos de alguns Ministros:

a) Ministro Alexandre de Moraes

Obviamente que a competência comum administrativa não significa que todos podem fazer tudo. Isso gera bagunça. Significa que a partir da predominância do interesse, a União deve editar normas de interesse nacional, os estados, regional e

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>>. Acesso em 12/06/2020.

⁵⁸ Primeira sessão do Plenário do STF realizada inteiramente por videoconferência (Resolução 672/2020/STF)

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Compilação dos Informativos n. 972 a 975. Abril de 2020**. Data da divulgação 13/05/2020, p. 06. Disponível em <[www.stf.jus.br > arquivo > cms > anexo > Informativomensaldeabrilde2020](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/anexo/Informativomensaldeabrilde2020)>. Acesso em 11/06/2020.

os municípios visando o seu interesse local. Não é possível que ao mesmo tempo a União queira ter monopólio da condução normativa da pandemia sobre estados e municípios. Isso não é razoável. Como não é possível que os municípios queiram se tornar repúblicas autônomas dentro do Brasil.⁶¹

b) Ministro Gilmar Mendes

[...] a despeito da competência da União, subsistem as competências dos Estados e Municípios para lidar com o tema. Diante do intricado e complexo regime jurídico de repartição de competências federativas, o STF tem buscado esclarecer, de forma mais didática, que é competência comum dos entes federativos a adoção de ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19. Assim, a princípio, tanto a União, quanto os Estados e os Municípios podem (e devem) adotar imposição de distanciamento social, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais, circulação de pessoas. [...] há duas lealdades que precisam ser explicitadas. Os órgãos constitucionais têm que atuar de forma leal e fiel ao texto constitucional. Além disso, eles devem reciprocamente lealdade federativa. O Presidente da República não pode atropelar competências federativas, assim como os Estados e Municípios não podem atropelar as competências da União. [...] É preciso entender nesse sentido de que há um dever recíproco de respeito e coordenação no exercício dessas competências federativas.⁶²

c) Ministro Edson Fachin

[...] no âmbito do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição da República, a delegação de competência a um dos poderes do Estado não pode implicar, sob o ângulo material, a hierarquização dos poderes ou das esferas de Governo.⁶³

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tratou da repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos do novo coronavírus, destacando que houve um desprezo ao federalismo cooperativo na medida que foram indicados caminhos normativos diversos provocando inseguranças jurídica, social e sanitária.

Em 25 de maio de 2020 o Ministro Luís Roberto Barroso foi empossado presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Ao final de seu discurso deixou uma reflexão: “Tem se falado que, depois da crise, haverá um novo normal. E se não voltássemos ao normal? E se fizéssemos diferente?”⁶⁴

Essa conduta “diferente” no tocante ao pacto federativo será o estabelecimento de um diálogo institucional e republicano entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios no sentido de que o

⁶¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Comarca de Araras, 2ª Vara Cível. **Decisão. Processo Digital nº: 1002498-40.2020.8.26.0038.** Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/A288315ADEFB6F_ararasflexibilizacaoquentena.pdf.

Acesso em 11/06/2020.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341.** Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://www.conjur.com.br> > voto-gm-competencia-concorrente>. Acesso em 11/06/2020.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341.** Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://www.conjur.com.br> > voto-edson-fachin-aco-es-competencia>. Acesso em 11/06/2020.

⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral **Discurso de posse do Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral,** Brasília, 25 de maio de 2020. Disponível em <[http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/at_download/file](http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/at_download/file)>. Acesso em 10/06/2020.

enfrentamento da continuidade dos efeitos da pandemia do SARS-CoV-2, até que uma vacina esteja disponível, seja uma meta comum e conciliável para que o debate raso do varejo político não suplante a promessa constitucional (CF, art. 196) de que a saúde de todos será garantida mediante políticas públicas com propósito na redução do risco de doenças.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Comentários ao Art. 24**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord). Comentários à Constituição do Brasil. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. **Competências na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Altas S/A, 2010.

BAHIA. **Decreto nº 19.549 de 18 de março de 2020**. Declara Situação de Emergência em todo o território baiano, afetado por Doença Infecciosa Viral - COBRADE 1.5.1.1.0, conforme a Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional nº 02, de 20 de dezembro de 2016, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/documentos?categoria%5B0%5D=2>>. Acesso em 07/06/2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.344, de 08 de maio de 2020**. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>> Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para

enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 04/06/2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Coronavírus COVID 19. O que você precisa saber. Como se proteger.** Disponível em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#como-se-proteger>>. Acesso em 01/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 665.** Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882713>>. Acesso em 07/06/2020.

_____. **ADPF 672.** Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>>. Acesso em 07/06/2020.

_____. **ADI 5356.** Relator Ministro Edson Fachin, Red. p/acórdão Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4817597>>. Acesso em 08/06/2020.

_____. **ADI 6341.** Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em 08/06/2020.

_____. **ADI 6341.** Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/voto-gm-competencia-concorrente>>. Acesso em 11/06/2020.

_____. **ADI 6341.** Relator Ministro Marco Aurélio. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/voto-edson-fachin-acoes-competencia>>. Acesso em 11/06/2020.

_____. **ADI 6343.** Relator Ministro Marco Aurélio. Relator do acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>>. Acesso em: 07/06/2020.

_____. **Compilação dos Informativos n. 972 a 975.** Abril de 2020. Data da divulgação 13/05/2020, p. 06. Disponível em <www.stf.jus.br/arquivo/cms/anexo/Informativomensaldeabrilde2020>. Acesso em 11/06/2020.

_____. **RE 1.247.930-AgR/SP, 1ª Turma.** Relator Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825659809/agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-1247930-sp-sao-paulo-2010187-7220198260000/inteiro-teor-825659819>>. Acesso em 08/06/2020.

_____. **SS 5383.** Relator Ministro Presidente Dias Toffoli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SS5383.pdf>>. Acesso em 08/06/2020.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Discurso de posse do Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, 25 de maio de 2020.** Disponível em <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/rybena_pdf?file=http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/arquivos/discurso-de-posse-ministro-luis-roberto-barroso-25-05-2020/at_download/file>. Acesso em 10/06/2020.

CAMBI, Eduardo. **Normas gerais e fixação da competência concorrente na federação brasileira**. Revista de Processo, São Paulo, v. 23, n. 92, p. 244-261, out-dez. 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 5ª ed. atual. por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

MARANHÃO. **Decreto nº 35.784 de 03 de maio de 2020**. Disponível em <<https://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/wp-content/uploads/2020/05/DECRETO-35.784-DE-3-DE-MAIO-DE-2020.pdf>>. Acesso em 06/06/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 31ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos. 1999

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, n. 100, p. 127-162, abr.-dez. 1988. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181992>>. Acesso em 04/06/2020.

RIO DE JANEIRO. **Decreto nº 46.980 de 19 de março de 2020**. Atualiza as medidas de enfrentamento da propagação decorrente do novo coronavírus (covid-19) em decorrência da situação de emergência em saúde e dá outras providências. Disponível em <<https://pge.rj.gov.br/covid19/estadual/decretos>>. Acesso em 06/06/2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Comarca de Araras, 2ª Vara Cível. Decisão. Processo Digital nº: 1002498-40.2020.8.26.0038**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/6/A288315ADEFB6F_ararasflexibilizacaoquarentena.pdf>. Acesso em 11/06/2020.

SERGIPE. **Decreto nº 40567, de 24 de março de 2020**. Atualiza, consolida e estabelece novas medidas de enfrentamento e prevenção à epidemia causada pelo COVID-19 (novo Coronavírus) no Estado de Sergipe, e dá outras providências. Disponível em <<https://www.pge.se.gov.br/decretos/>>. Acesso em 05/06/2020.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Mandado de Segurança nº 0004311-66.2020.8.25.0000**. Disponível em <<https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/consulta-processual>>. Acesso em 06/06/2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007
_____. **Um pouco de Direito Constitucional Comparado**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Statement on the second meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the outbreak of novel coronavirus (2019-nCoV)**. Genebra, 30 jan. 2020. Disponível em <<https://www.who.int/>>. Acesso em 01/06/2020.

_____. **Coronavirus disease (COVID-19) pandemic**. Disponível em <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em 01/06/2020.

O teletrabalho nos tempos da velocidade e da aceleração

Nilton Rodrigues da Paixão Júnior¹

Resumo

O teletrabalho se revelou como nova forma de prestação de serviço fora do clássico ambiente de trabalho. A tecnologia da informação permite essa nova forma de trabalho. O modelo antigo de prestação de serviço num local determinado, normalmente dentro do espaço empresarial, se tornou flexível. A tecnologia da informação torna o mundo cada vez menor e os espaços de trabalho cada vez mais diversos.

Palavras-chaves: trabalho remoto; teletrabalho; *home office*; direito à desconexão; sociedade do cansaço.

Teleworking in times of speed and acceleration

Abstract

Teleworking has been shown itself as a new way of providing services outside the classic working environment. Information technology allows this new way of working. The old model of providing services in a specific place, usually within the business space, has become flexible. Information technology makes the world smaller and smaller and workspaces increasingly diverse.

Keywords: remote work; teleworking; home office; right to disconnect; burn out society.

INTRODUÇÃO

Falar em teletrabalho pressupõe dizer sobre o trabalho, uma categoria analítica de suma importância. Analisar o trabalho exige ter em mente a noção de não trabalho. Como a vida não se limita ao trabalho, ou pelo menos deveria ser assim, é imperioso não afastar do debate a complexidade que é o viver, a existência humana.

Os tempos são de velocidade e de aceleração. Sempre se tem a impressão de que a vida se esvai sem controle e de que o tempo foge (*tempus fugit*) de qualquer domínio humano.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA; mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Licenciado em Filosofia pela Universidade Cruzeiro do Sul; Pesquisador do GGINNS – *Research Group on Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability*.

Mas, que é o tempo – afinal? Que é vida – afinal? Os tempos são alienantes e a pessoa humana talvez tenha perdido a vontade de procurar a boa vida, fruto do equilíbrio entre trabalho e contemplação. Contra esse *status quo* é que urge oferecer uma nova visão do tempo como oportunidade (*Kairós*) e não como mera cronologia (*Cronos*).

Na mitologia grega, dois deuses personificam os sentidos possíveis para a noção de tempo: *Cronos* e *Kairós*. Essas ideias são interessantes para desvelar o sentido mais originário do conteúdo temporal de uma regra envolvendo o tempo como no caso do teletrabalho:

CRONO, em grego *Κρόνος* (*Krónos*), sem etimologia certa até o momento. Por um simples jogo de palavras, por uma espécie de homonímia forçada, Crono foi identificado muitas vezes com o Tempo personificado, já que, em grego, *Κρόνος* (*Krónos*) é o tempo. Se, na realidade, *Krónos*, *Crono*, nada tem a ver etimologicamente com *Krhónos*, o Tempo, semanticamente a identificação, de certa forma, é válida: Crono devora, ao mesmo tempo que gera; mutilando a Urano, estanca as fontes da vida, mas torna-se ele próprio uma fonte, fecundando Reia. (Brandão, 2012, p. 208)

Crono, rei dos Titãs, casou-se com a titânida Réia. Logo o casal gerou filhos, mas havia um problema: Crono ouvira de um oráculo que um de seus filhos o mataria. Para evitar a predição, cada vez que nascia um filho, Crono pegava a criança e a engolia. (WILKINSON e PHILIP, 2009, p. 38)

Já *Kairós* (*Καίρος*) era retratado como sendo o oposto de Cronos. Isso porque ele era despreocupado e não dava atenção para o tempo cronológico, para calendários ou mesmo para o relógio. Por isso era considerado como o deus do tempo oportuno. Ele era representado sempre como uma figura jovem que andava nua, possuía asas nos tornozelos e nos ombros. Uma curiosidade é que *Kairós* só tinha uma mecha de cabelo que caía sobre sua testa ao passo que a sua nuca era calva. Isso se torna incrivelmente interessante quando analisamos o motivo de esse personagem ser representado dessa forma. O fato de *Kairós* só ter cabelo na frente faz uma analogia ao caráter instantâneo do tempo, ou seja, ele só pode ser pego (agarrado pelos cabelos) quando está vindo para nós. Depois que já tiver passado, não há mais como agarrá-lo, assim como o tempo. (MITOLOGIA GREGA, 2020)

Essas duas contribuições mitológicas ajudam a esclarecer a temporalidade que marca a vida humana, pondo em evidência o tempo em suas dimensões qualitativa (*Kairós*) – ordem existencial, vivências, percepções e quantitativa (*Cronos*) – horas e calendários.

O trabalho alberga várias formas de ser exercido e uma delas é o teletrabalho. É fruto da revolução tecnológica. Veio com o discurso de concessão de mais tempo ao trabalhador como abertura à possibilidade do ócio, do lazer, da contemplação.

Entretanto o que se percebe muitas vezes é que o discurso libertário velava a possibilidade de uma nova escravidão a partir do rompimento dos limites formais do tempo ou da jornada de trabalho tradicionais, revelando que a alternativa poderia converter-se em descontrole do tempo de trabalho, fazendo com que o trabalhador passasse a trabalhar mais do que antes.

Vive-se na sociedade do desempenho, na qual o trabalhador se transformou numa

espécie de empresário de si mesmo. Ele se vigia, se cobra e se impõe mais e mais performance e produtividade, tudo isso regado à sensação de que ele é livre. Nada e ninguém o vigia, o espreita. Mas ele é simultaneamente o vigia e o vigiado. O panóptico não é algo externo a si, o modelo de vigilância está internalizado. O trabalhador é o novo panóptico de si mesmo.

Nesse contexto, urge exigir o direito à desconexão. Por quê? Porque vive-se a todo instante conectado em redes. Assim, sem uma ruptura temporal com a conexão, falar em descanso, lazer, convivência familiar, cultivo de amizades ou dignidade humana, tudo se transforma em mera retórica.

A visão simplista e, portanto, redutora do tempo a mera questão monetária empobrece essa discussão. O tempo, ao ser a própria essência da vida – vida é tempo e tempo é vida, ganha dimensão que não pode ser circunscrita a mero cálculo econômico.

O teletrabalho já é uma realidade e se tornará o principal modelo de trabalho em curto prazo. Urge que os trabalhadores e empregadores se preparem para essa nova onda e tomem todas as cautelas para não se tornarem escravos desse novo regime laboral.

1 TELETRABALHO

Convém deixar claro, de início e para que não parem dúvidas, que o teletrabalho já era uma realidade antes da pandemia do Covid-19. A quadra atual apenas intensificou o uso desse regime laboral em face das exigências sanitárias que acabaram por impor a necessidade de distanciamento social. Não é correto pois afirmar que o teletrabalho surge com a pandemia.

1.1 Conceituação

Para Pino Estrada (2017, p. 11):

[...] o teletrabalho é aquele realizado com ou sem subordinação por meio do uso de antigas e novas formas de telecomunicação em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a sua execução à distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho.

Ressalta do conceito acima alguns elementos definidores do que se deva conceber conceitualmente como teletrabalho: a) relação de trabalho; b) presença ou não de subordinação e c) ausência da presença física do trabalhador no ambiente laboral tradicional.

Em outras palavras, o teletrabalho é uma modalidade de relação de trabalho submetida ou não à subordinação do empregado ao empregador cuja presença física do trabalhador é dispensada.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT (2021) adota o seguinte conceito de teletrabalho:

Considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.

O conceito adotado pela OIT confunde teletrabalho com *home office*. Marca o *home office* a presença da subordinação, ou seja, o empregador tem todos os meios de controle disponíveis para exercer seu poder de mando, fato esse inexistente no teletrabalho. No teletrabalho há muito mais autonomia para o trabalhador exercer seus serviços. O teletrabalho foca em resultados e aumento de produtividade, intensificando a responsabilidade do trabalhador pelo êxito de suas atividades laborais. Pode-se afirmar que o *home office* é uma espécie de “prototeletrabalho”, a sua ancestralidade.

Quanto à ausência da presença física do trabalhador, isso tem de ser entendido de forma ampla, especialmente em face dos avanços tecnológicos que já permitem que empregadores monitorem seus empregados praticamente 24 horas por dia. Não se deve reduzir a análise à noção de *home office*, pois, assim, estar-se-ia desconsiderando todo o aparato tecnológico disponível e em franca expansão e aprimoramento. Isso fica demonstrado na conceituação da OIT sobre teletrabalho.

A realidade hoje é a de que todos estão conectados aos *smartphones*, *e-mails* e redes sociais praticamente em tempo integral e em qualquer lugar.

A noção de tempo e de espaço está flexibilizada, fazendo com que haja uma intensa interação entre a vida de carne e osso e a “vida virtual”, ao ponto delas se confundirem ou se mesclarem de tal forma que, classificações clássicas como jornada de trabalho, tempo de descanso e outras, necessitem de novas visões para darem conta dessa complexidade hodierna.

O trabalho se libertou da noção costumeira de espaço geográfico. O binômio empresa-trabalhador não é mais suficiente para dar conta da complexidade do mundo laboral atual. Há uma desmaterialização ou virtualização da própria geografia laboral.

Se adotado o regime laboral do teletrabalho, pouco importa se o trabalhador desempenha suas atividades na empresa, em casa, na rua, numa cafeteria ou em qualquer outro lugar. Isso se tornou completamente irrelevante diante do avanço tecnológico. Cada vez mais, a velocidade e a segurança do tráfego de informações são incrementadas, permitindo que a comunicação evolua em sua instantaneidade. A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT reforça esse entendimento em seu art. 75-B.

Configura-se, hoje, uma concepção superada exigir, por exemplo, que o trabalhador em regime de teletrabalho desenvolva suas atividades em casa. Isso em nada se coaduna com a sociedade em rede na qual se está imerso. É ainda resquício de uma sociedade da vigilância, na qual importava ter controle absoluto sobre os corpos das pessoas como bem percebeu Michel

Foucault (1987). Posturas como essas são anacrônicas, em outras palavras, para usar a etimologia do vocábulo fora (*ana*) do tempo (*cronos*), ou contrárias ao que é moderno, dito de outra forma, extemporâneas, obsoletas, retrógradas, ultrapassadas.

Cada um carrega consigo o campo de trabalho² onde quer que esteja. É preciso compreender o trabalho, como categoria analítica, em sua historicidade, sob pena de perder o bonde da história. O tempo de grandes escritórios, de palácios e grandes estruturas físicas para o exercício de qualquer trabalho, seja no setor privado, seja no setor público, está em franco declínio, faz parte ainda de um passado que teima em ser estático, petrificado. Mas tudo flui, não se repete, apesar da inútil resistência de “recônditos (amuados) da sociedade” (ULRICH BECK, 2011, p. 209).

1.2 As noções de tempo e de espaço

Sempre foi a partir da noção clássica de “relação de emprego” que os termos tempo e espaço foram concebidos no âmbito do Direito do Trabalho. A tônica imposta hoje pelos avanços tecnológicos é a de flexibilização dos conteúdos conceituais tradicionais.

Até mesmo a noção de emprego a cada dia sofre os ataques dos avanços tecnológicos, ao ponto de se dizer que os tempos são de menos empregos e de mais trabalhos.

Pode-se chegar à afirmação de que os centros norteadores do Direito do Trabalho estão em franco processo de descentralização ou virtualização em face das transformações das relações de trabalho e da evolução das tecnologias da informação.

Fala-se hoje em “flexitempo” (SENETT, 2009, p. 65-69):

[...] um trabalhador em flexitempo controla o local do trabalho, mas não adquire maior controle sobre o processo do trabalho em si. A essa altura, vários estudos sugerem que a supervisão do trabalho muitas vezes é na verdade maior para os ausentes do escritório do que para os presentes. Os trabalhadores, assim, trocam uma forma de submissão ao poder – cara a cara – por outra, eletrônica; a micro-administração do tempo avança para a tela do computador. O trabalho é fisicamente descentralizado, o poder sobre o trabalhador é mais direto [...] o tempo da flexibilidade é o tempo de um novo poder. Flexibilidade gera desordem, mas não livra das limitações. (negrito acrescentado)

O que está em jogo? A gestão do tempo de trabalho ou, em palavras simples, o tempo de vida do trabalhador que empresta a sua força produtiva para os tomadores desse tempo de vida.

Isso tudo se torna cada vez mais complexo, tendo em vista que o trabalho possa ser realizado em qualquer lugar e a qualquer instante. E o que há de mais importante para o

² Para melhor compreensão dessa noção de “campo de trabalho”, cunhada por Pierre Bourdieu, ver Catani (2017, p. 352-354).

trabalho do que o tempo que ele aloca para o trabalho? Nesse contexto, como pensar atualmente a duração do trabalho, se o “chão da fábrica” se desmaterializou e as paredes dos escritórios não existem mais? Tempo e espaço: dois centros que se descentralizaram. Isso pode gerar riscos para o trabalhador.

Esse cenário não passou despercebido de Beck (2011, p. 207-209):

O fato de que a norma do trabalho vitalício de jornada integral foi suplantada por formas plurais de flexibilização da jornada de trabalho é uma constatação que já invadiu mesmo os últimos recônditos (amuados) da sociedade.

[...] O vínculo cooperativo empresarial, ao menos em certos setores (administração, escritório, gerência, prestação de serviços), já pode ser gerado por meios eletrônicos e portanto organizado de forma *descentralizada*, “especialmente difusa” e “especialmente independente”.

[...] os ganhos de soberania obtidos pelos trabalhadores sobre seu trabalho com a flexibilização espacial do trabalho assalariado podem ser combinados com uma *privatização dos riscos que o trabalho oferece à saúde física e psicológica*. Normas de segurança no trabalho escapam ao controle público nas formas de trabalho descentralizado e os custos por desconsiderá-las ou suspendê-las são transferidos aos próprios trabalhadores (assim como as empresas acabam economizando os custos da organização central do trabalho assalariado, desde a manutenção das instalações até a proteção dos equipamentos eletrônicos).

A flexibilização de tempo e de espaço não pode servir de isenção da responsabilidade em relação à saúde e segurança do trabalhador no regime de teletrabalho. Essa é uma forte preocupação de Ulrich Beck e não se pode negligenciá-la.

Isso implica limitar temporalmente o regime do teletrabalho, como, por exemplo, fixando um lapso no qual ele poderia ser prestado, v.g., de 6 ou 8 da manhã às 18 ou 20 da noite (extensão média de 12 horas em disponibilidade). Nessa régua, nem abaixo e nem acima, sob pena de configuração de prestação de serviço extraordinário (horas extras) ou banco de horas, o (tele)trabalhador estaria em disponibilidade e/ou efetivamente trabalhando. Estar em teletrabalho não pode significar encontrar-se disponível 24 horas por dia, 7 dias por semana, 30 dias por mês, 365 dias por ano. Há de existir limites, sob pena de se inviabilizar a vida privada e o tempo de lazer do trabalhador. O trabalho necessita harmonizar-se com a vida familiar³.

Para Columbo e Massoni (2017, p. 26):

As fronteiras entre o tempo de trabalho e o tempo livre, atualmente, em especial no teletrabalho, estão cada vez mais incertas e fluidas, o que exige novos esforços interpretativos e propostas para uma legislação adequada, até o momento inexistente.

Remarque-se, estar em teletrabalho não pode representar viver apenas em, do e para o trabalho. Há vida além dos limites laborais. O tempo é no fundo a substância que define a própria noção de vida.

³ Conforme o art. XXIV da Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948: “XXIV – todo homem tem direito a repouso e lazer, inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”.

Jorge Luís Borges (1974, p. 771) diz que “El tiempo es la sustancia de que estoy hecho. El tiempo es un río que me arrebatara, pero yo soy el río; es un tigre que me destroza, pero yo soy el tigre; es un fuego que me consume, pero yo soy el fuego”⁴.

Convém deixar salientado que o que se busca com a modalidade “teletrabalho”, em apertada síntese, é, de um lado, a otimização do tempo de trabalho e a melhoria da qualidade de vida do trabalhador, e, do outro, o recebimento de um serviço de qualidade e com mais produtividade com baixo custo na manutenção do estabelecimento empresarial.

Outro aspecto muito importante, e que ainda não recebeu a devida atenção da classe política e dos pesquisadores nacionais, diz respeito à possibilidade de o teletrabalho ser mais uma importante ferramenta para o fomento da interiorização da economia, propiciando condições para que se possa pensar em políticas públicas incentivadoras, por exemplo, de um “êxodo urbano”, desafogando, dessa maneira, os índices de ocupação dos espaços nos maiores centros urbanos, o que tem contribuído para uma exacerbação da demanda por serviços públicos, além de piora em questões de saúde, de meio ambiente, de mobilidade, de educação e de segurança pública, para citar algumas.

Para superar as atuais barreiras de uma possível interiorização, muitas das atuais dificuldades necessitariam ser superadas e uma delas diz respeito à precariedade tecnológica de expressiva parte das cidades interioranas, mormente a questão do acesso à internet com qualidade e preços razoáveis.

1.3 Aspectos jurídicos e econômicos

1.3.1 Aspectos jurídicos

O art. 6º da CLT equipara o trabalho realizado no estabelecimento do empregador ao executado no domicílio do empregado e ao realizado à distância:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos⁵ da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

A CLT ainda resiste (inutilmente) aos ventos revolucionários da tecnologia e não consegue de todo retirar suas raízes do solo da década de 40. Ainda se aferra à vetusta subordinação, além de usar expressão de origem militar como “comando”, como se o

⁴ Tradução livre: “O tempo é a substância de que sou feito. O tempo é um rio que me arrasta, mas eu sou o rio; é um tigre que me destroça, mas eu sou o tigre; é um fogo que me consome, mas eu sou o fogo”.

⁵ São pressupostos da relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT: o trabalho prestado pessoalmente por pessoa física, de forma não eventual, mediante subordinação, com a presença de onerosidade, subordinação.

trabalhador sofresse de alguma minoridade ou devesse ser tratado como um soldado. Está preocupada em controlar corpos e não em fomentar a produtividade, deixando o trabalhador autônomo e responsável por suas atividades laborais.

Pelo inciso III do art. 62 da CLT, aos empregados em teletrabalho não se aplica o Capítulo II relativo à duração do trabalho (jornada de trabalho e períodos de descanso). Esse dispositivo consolidado é de duvidosa constitucionalidade, pois o teletrabalho não altera o vínculo empregatício, configurando-se apenas como uma modalidade de prestação de serviços contratados, restando, dessa forma, sob a incidência da CLT reguladora da jornada de trabalho e de períodos de descanso.

Nesse ponto, a CLT está atenta aos tempos atuais e complexos da sociedade da informação ou em rede que diluem as noções clássicas sobre tempo e espaço de trabalho.

Os arts. 75-A a 75-E da CLT, incluídos pela Lei nº 13.467, de 2017 (reforma trabalhista), trazem regras específicas para o regime de teletrabalho. O art. 75-B assim conceitua o teletrabalho:

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

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho. (negritos acrescentados)

Tratam da forma de pactuação do contrato de teletrabalho (art. 75-C), das disposições relativas à responsabilidade pelos equipamentos e infraestrutura para a prestação do teletrabalho (art. 75-D) e das medidas para a prevenção de doenças e acidentes de trabalho (art. 75-E).

O inciso VIII do art. 611-A da CLT dispõe que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre teletrabalho. De duvidosa constitucionalidade no que respeita à possibilidade de não submissão do regime de teletrabalho às regras celetistas de duração da jornada de trabalho e de períodos de descanso.

Aqui a CLT prossegue adotando a tendência legislativa de se dar preponderância do negociado sobre o legislado, dessa feita no que tange ao teletrabalho.

Aspecto relevante reside em saber se no âmbito do teletrabalho é possível ou não a configuração de jornada de trabalho extraordinária. Pelo disposto no art. 62 inciso I da CLT, ao teletrabalho, em princípio, não se aplicaria o pagamento de horas extras. Todavia, isso é de constitucionalidade duvidosa.

Cada caso/função devem ser analisados, devendo-se observar “a carga diária de tarefas; o tempo para a realização de cada tarefa; o prazo estipulado para a entrega da tarefa; o número de toques, programas de controle de acesso e de jornada de trabalho etc.” (Columbo e Massoni,

2017, p. 37).

1.3.2 Aspectos econômicos

Do ponto de vista do empregador, podem ser listadas algumas vantagens do teletrabalho (Columbo e Massoni, 2017, p. 34): a) economia de espaço nos locais de trabalho; b) economia de energia; c) economia quanto a intervalos de jornada; d) aumento na produtividade; e) surgimento de novos produtos; f) internacionalização e descentralização da produção. Desvantagens (MASSI, p. 89): “[...] As desvantagens, por sua vez, estão atreladas à maior dificuldade de fiscalização dos trabalhos, aumentando-se o risco de quebras de sigilo, com transmissão de informações internas e confidenciais da empresa a concorrentes”.

Na ótica do empregado (Columbo e Massoni, 2017, p. 35): a) maior disponibilidade para a convivência familiar; b) racionalização das atividades profissionais; c) redução de gastos com transporte e alimentação; d) redução da perda de tempo com deslocamentos no trânsito e e) facilitação de trabalho para pessoas com deficiência e para idosos. Desvantagens (MASSI, p. 89): “1) isolamento do trabalhador em relação aos demais colegas de trabalho; 2) dificuldade de inserção e de promoção na carreira; 3) menor nível de proteção social, em razão da menor tutela sindical e administrativa; 4) aumento de conflitos familiares, pela dificuldade em se distinguir a fronteira entre o trabalho e o convívio com a família; 5) afronta à intimidade do trabalhador e à de sua família; 6) aumento do risco de problemas relacionados à saúde e à segurança do trabalho, em razão da menor esfera de vigilância do empregador sobre o empregado”.

Para a sociedade: a) redução da poluição; b) redução de acidentes de trânsito e c) racionalização da mobilidade urbana. Desvantagens (MASSI, p. 90): “[...] podem advir de problemas de saúde decorrentes do teletrabalho, trazendo custos para a Previdência Social”.

Entretanto é importante pontuar que há efetivamente gastos também da Previdência Social com o alto índice de acidentes com o trabalhador durante o deslocamento para seus locais de trabalho. Não há estudo estatístico, ainda, que possa demonstrar o aumento de despesas com a saúde do trabalhador no teletrabalho em relação ao modelo tradicional de prestação de serviço local.

Sob o viés econômico, é inequívoca a relação de dependência entre teletrabalho, produtividade e redução de gastos. A tecnologia tem papel preponderante como fomentador dos níveis produtivos. Como no teletrabalho o tempo é otimizado, logo, por inferência lógica, a produtividade salta em comparação ao modelo de trabalho presencial e suas características (deslocamento, alimentação, estresse e seus custos).

Além disso, a economia para a empresa (pública ou privada) com a redução de despesas de manutenção de todo o aparato físico/local/espacial do trabalho é noticiada diariamente nos

jornais de grande circulação, além dos dados efetivos estampados nos orçamentos públicos⁶ e privados.

1.4 Trabalho imaterial

O teletrabalho está em íntima relação com a noção de trabalho imaterial. Aqui se trabalhará com as noções teóricas de Castells, Lazzarato e Gorz.

Lazzarato assim entende por trabalho imaterial:

Em resumo, podemos distinguir três tipos de trabalho imaterial que impulsionam o setor de serviços, no topo da economia informacional. O primeiro está envolvido numa produção industrial que foi informacionalizada e incorporou tecnologia de comunicação de um modo que transforma o próprio processo de produção. A atividade fabril é vista como serviço e o trabalho material da produção de bens duráveis mistura-se com o trabalho imaterial e se inclina na direção dele. O segundo é o trabalho imaterial de tarefas analíticas e simbólicas, que se divide na manipulação inteligente e criativa de um lado e nos trabalhos simbólicos de rotina de outro. Finalmente, a terceira espécie de trabalho imaterial envolve a produção e a manipulação de afetos e requer contato humano (virtual ou real), bem como trabalho do tipo físico. Esses são os três tipos de trabalho que impulsionam a pós-modernização da economia global. (LAZZARATO e NEGRI, 2003, p. 314).

O trabalho imaterial surge no contexto do que Castells (2000, p. 50) denomina de “informacionalismo”, fenômeno decorrente do avanço crescente das tecnologias da informação. Para esse pensador, a revolução tecnológica representa:

[...] um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura.

E muitos ainda não se deram conta de que hoje se vive num mundo completamente modificado pela revolução tecnológica, que os tempos são de sociedade em rede, que tanto a economia quanto a sociedade e a cultura foram paradigmaticamente afetadas, logo o trabalho não poderia passar incólume às lufadas desses novos ares.

A informação, que antes dessas alterações era vista como parte integrante da produção, convola-se em produto. Basicamente, o teletrabalho trabalha (produz) com informações. Inequivocamente que tal produção exige do trabalhador criatividade, certo senso estético.

⁶ Governo reduz gastos públicos em R\$ 466.4 milhões com teletrabalho. Ago 2020 (disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/08/governo-reduz-gastos-publicos-em-r-466-4-milhoes-com-teletrabalho>>). Governo federal economiza R\$ 691,9 milhões em despesas administrativas com trabalho remoto de servidores. Set 2020 (disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/governo-federal-economiza-r-691-9-milhoes-em-despesas-administrativas-com-trabalho-remoto-de-servidores-1>>).

Isso tem impactado grandes setores que empregavam em larga escala, como o setor industrial, que cada vez mais se equipa com os artefatos tecnológicos diminuindo com isso o número de empregos ofertados. Nesse panorama, trabalhos de cunho mais intelectualizado têm sido ofertados em número crescente pondo em evidência a preponderância do setor de serviços.

O trabalho imaterial não produz uma mercadoria palpável, material (por isso o “i” em imaterial). Dele resulta um serviço ou uma informação. Para Gorz (2005, p. 29), as balizas do trabalho imaterial devem ser encontradas na necessidade de “julgamento, intuição, senso estético, nível de formação e informação, a faculdade de aprender e de se adaptar a situações imprevistas”.

Em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil, ainda é uma minoria que produz trabalhos imateriais, já que a maioria dos trabalhadores têm baixa qualificação e muitos sequer têm acesso aos avanços tecnológicos.

1.5 Saúde e segurança

Logo de saída, é preciso deixar registrado que o trabalhador sob vínculo empregatício em regime de teletrabalho já conta com a proteção de todas as normas vigentes pertinentes à saúde e segurança no trabalho. Em outras palavras, o teletrabalho não altera a natureza jurídica de emprego, mas somente a organização da prestação do trabalho.

A segurança e a saúde no trabalho são direitos fundamentais positivados no texto constitucional: art. 5º, *caput*, art. 6º, art. 7º, XXII e XXVIII. Também incidem protetivamente sobre o teletrabalho: O Capítulo V (Da Segurança e da Medicina do Trabalho) da CLT e as Normas Regulamentares contidas na Portaria nº 3.217, de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego (hoje atribuições do Ministério da Economia).

2 O TRABALHO EM TEMPOS DE COVID-19

O mundo foi assolado por um inimigo invisível e comum a todos – o coronavírus. O novo coronavírus, descoberto em dezembro de 2019, na China, é denominado Covid-19, causa infecção respiratória aguda, tornou-se uma pandemia por atingir diversos países do mundo e ser de fácil propagação, exigindo medidas de higiene e isolamento como melhor forma de contenção. Os dados alarmantes da OMS⁷ mostram casos identificados do Covid-19 e milhões de vidas ceifadas.

O que antes era mais uma modalidade de organização da prestação do trabalho, o teletrabalho se transformou na melhor alternativa para a preservação de postos de trabalho.

⁷ Latest update - Coronavirus disease (COVID-19). Acesso em: 07 mar 2021. (WHO, 2021).

Os tempos são de distanciamento social para evitar a propagação do coronavírus. A realização de trabalho na modalidade ou regime de teletrabalho atende ao momento histórico pelo qual passa a humanidade.

Apesar de já existir antes mesmo da pandemia, o teletrabalho sofreu um impulso não esperado e com resultados positivos, ao ponto de empresas declararem que o manterão independente do quadro pandêmico.

Mais de 65% das empresas que se viram forçadas a adotar o teletrabalho afirmam que manterão o novo regime incorporado às suas rotinas laborais, porque conseguiram “enxugar vários custos”⁸.

É preciso deixar claro que a pandemia não criou o teletrabalho, apenas o dinamizou como alternativa em face das restrições sanitárias. A pandemia foi e está sendo um grande teste para esse regime de trabalho e já se pode afirmar que ele está passando com louvor pelos desafios que lhe foram impostos.

O incremento do uso do teletrabalho deixou algumas lições: percepção do aumento na produtividade; redução de demandas por escritórios; maior flexibilidade organizacional; melhores tempos de respostas; motivação; meio ambiente mais limpo; redução de consumo de energia e menos dependência de combustíveis fósseis.

3 SOCIEDADE DO CANSAÇO E DO DESEMPENHO

O filósofo Byung-Chul Han⁹ tem se especializado em radiografar o funcionamento da sociedade atual, sua estrutura, suas mazelas, suas doenças, sua temporalidade, bem como sua relação com o trabalho (*vita activa*)¹⁰ e a contemplação (*vita contemplativa*)¹¹.

O teletrabalho, ao fim e ao cabo, não passa de um sintoma do que Han intitula de “Sociedade do cansaço”.

⁸ Disponível em: <<https://www.deskcoworking.com.br/home-office-e-trabalho-remoto/>>. Acesso em 7 mar 2021.

⁹ Byung-Chul Han nasceu na Coreia do Sul (Seul), mas fixou-se na Alemanha, onde estudou Filosofia na Universidade de Friburgo e Literatura Alemã e Teologia na Universidade de Munique. Em 1994, doutorou-se em Friburgo com uma tese sobre Martin Heidegger. É professor de Filosofia e Estudos Culturais na Universidade de Berlim e autor de inúmeros livros sobre a sociedade atual, dentre os quais (traduzidos para o português): “Sociedade do cansaço”; “Sociedade da transparência”; “Agonia de eros”; “Topologia da violência”; “Hiperculturalidade, cultura e globalização”; “Filosofia do zen-budismo”; “No enxame – perspectivas do digital”; “Psicopolítica – o neoliberalismo e as novas técnicas de poder”; “Bom entretenimento”; “O que é o poder?”; “A salvação do belo”; “Morte e alteridade” e o “Aroma do tempo – um ensaio filosófico sobre a arte da demora”.

¹⁰ “Hannah Arendt, em especial, retomou e atualizou as distinções aristotélicas entre práxis e poiésis, distinguindo na “atividade do trabalho”, no “operar” e no “agir” as dimensões fundamentais da atividade humana (*Vita activa*, 1960, cap. I, § 1º)” (ABBAGNANO, 2007, p. 8).

¹¹ “Ideal de vida dedicada exclusivamente ao conhecimento” (ABBAGNANO, 2007, p. 231-232).

Como salienta PAIXÃO JÚNIOR (2020, p. 83-84) em face do conjunto da obra haniana:

Han, em suas obras, radiografa a sociedade atual, conforme sua visão filosófica, pondo em evidência vários aspectos, podendo ser destacados alguns para os fins desta pesquisa: a autoexploração; a comunicação; o jardim; o outro e o tempo.

Seu bisturi epistêmico disseca os males atuais, expondo suas entranhas: o inferno do igual; a síndrome de *burnout*; a expulsão do diferente; o desempenho como meta de vida; a exposição obscena ou pornográfica de si mesmo; a depressão; o excesso de informação; o hipercapitalismo, que transforma tudo em mercadoria, e a transparência.

Suas críticas são impiedosas ao neoliberalismo e à glorificação do trabalho como um fim em si mesmo. O trabalho está concebido de modo inflacionário: em toda parte ele é cultuado como o caminho, a verdade e a vida.

Os textos de Byung-Chul Han convidam à resistência do indivíduo na sociedade pós-moderna do trabalho, cuja ambiência mascarada de liberdade ilimitada acaba produzindo a exaustão de seu ser, a queima da alma, o esgotamento e autoagressão ou autoexploração.

A digitalização da própria vida, aliada à escassez de tempo para a reflexão, bem como o vazio dos relacionamentos, além da servidão consentida (voluntária), pela via da autoexploração, são temas problematizados pelo filósofo. Han convoca à recuperação da capacidade contemplativa como alternativa de compensação da hiperatividade destrutiva forjada no ritmo acelerado de vida que normalmente é imposto na sociedade contemporânea.

Esse novo perfil do sujeito do desempenho, aliado aos novos recursos tecnológicos, os quais permitem, por exemplo, que se trabalhe de qualquer lugar para qualquer empregador, como que derruba os muros limítrofes da concepção tradicional de local de trabalho e, com isso, também ocorre uma ressignificação do tempo de trabalho, não para diminuir jornadas, mas, ao contrário, o que se observa é um incremento de horas de trabalho.

O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que uma exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo o explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal. (HAN, 2017, p. 30)

O paradoxo identificado por Han é cruel, pois faz do sujeito o explorador de si próprio em nome do desempenho, passando a falsa percepção de que ele é livre em suas escolhas. Não há liberdade, mas submissão ao desempenho. Antes de ser liberdade, trata-se de coação, ainda que imperceptível na maior parte das vezes, pois vítima e algoz estão reduzidos na mesma pessoa.

O cerne do problema é, de fato, o tempo de vida calculado como tempo de trabalho. Há no inconsciente coletivo a concepção de que a vida humana tem necessariamente que estar atrelada ao trabalho ativo.

Nesse diapasão, o teletrabalho, sintoma da sociedade do cansaço e do desempenho, se não for devidamente normatizado, pode contribuir para aprofundar a exploração do tempo

existencial do trabalhador, caso não haja delimitação clara entre tempo de trabalho e tempo de descanso com desconexão dos dispositivos tecnológicos que prendem o trabalhador ao seu teletrabalho.

4 DIREITO À DESCONEXÃO

Um efeito colateral do avanço tecnológico, na visão de Goldschmidt e Graminho (2020, p. 1), é a criação da “figura do trabalhador ubíquo (onipresente), ou seja, aquele que está disponível em qualquer lugar e a qualquer momento”. Os tempos hoje são de hiperconexão. Eles alertam para o fato de que:

A nova organização do trabalho fundamentada nas novas tecnologias passou a permitir o surgimento de novas modalidades de prestação de serviços, como, por exemplo, **o teletrabalho**, o *crowdwork*, o *work-on-demand via apps* (trabalho sob demanda via aplicativos), criando uma nova espécie de escravatura ou ainda servidão voluntária, isso porque os indivíduos passaram a sofrer com **a hiperconexão, ou seja, o trabalho pode ser prestado 24 horas por dia, 7 dias por semana**, o que indubitavelmente acaba repercutindo nos direitos fundamentais básicos dos trabalhadores, como o direito ao lazer, à saúde, à vida, à liberdade, entre outros. (GOLDSCHIMIDT E GRAMINHO, 2020, p. 59-60) (negritos acrescentados)

O diagnóstico é sombrio, os trabalhadores, a partir desse quadro de hiperconexão, estariam sendo afetados negativamente, sofrendo “com a falta de privacidade e de momentos de lazer, além de estarem suscetíveis a doenças como depressão, AVC, problemas cardíacos, estresse e síndrome de *Burnout* (resultado do estresse crônico ocasionado pelo excesso de trabalho)” (GOLDSCHIMIDT E GRAMINHO, 2020, p. 60).

Esse alerta fica ainda mais evidente em sede de teletrabalho. Para coibir o “trabalhador ubíquo (onipresente)”, esses doutrinadores defendem o direito fundamental à desconexão.

Há quem afirme, como Crary (2014, p. 11-12), que o sono será a última trincheira a ser dominada pelos avanços tecnológicos. A partir dessa quebra de barreira ou de resistência, poderia se pensar em um “trabalhador sem sono” ou em um “consumidor sem sono”. Para esse pensador, a partir da colonização do sono humano o mundo seria 24/7, ou seja, 24 horas por 7 dias semanais para o trabalho e o consumo.

O direito à desconexão não se encontra previsto expressamente no texto constitucional vigente. Todavia, pode-se defender que ele se sustenta na principiologia que ampara a Constituição. Parece não ser razoável e nem lógico imaginar direitos expressamente garantidos constitucionalmente, como o direito ao lazer, o direito à privacidade, o direito à saúde, sem, antes, falar em direito à desconexão, intimamente ligado à duração do trabalho. Tudo isso implica necessariamente a expressão dignidade da pessoa humana. Perfeitamente aceitável falar-se do direito à desconexão como um direito fundamental implícito.

Qual seria o alcance desse “direito à desconexão”? Ora, em sede de teletrabalho, tudo o que seja diametralmente oposto a esse regime, em outras palavras, o direito à desconexão

permite ao trabalhador não responder *e-mails*; não responder demandas via redes sociais como, por exemplo, WhatsApp; não atender ligações telefônicas decorrentes de atividades laborais; não estar conectado em plataformas de trabalho oferecidas pelo empregador etc.

Sem essa desconexão garantida normativamente, seria impossível ao trabalhador relaxar e desconectar-se de suas obrigações laborais, sem o que não conseguiria recompor suas forças físicas e psíquicas. A noção de vida privada para o trabalhador pressupõe o direito à desconexão das atividades laborais. A pessoa humana não vive só de trabalho. Ela precisa de tempo para convivência familiar, tempo para cultivar amizades, tempo para ter lazer, tempo para se dedicar a atividades religiosas e comunitárias.

O tempo humano de vida é marcadamente finito. Quando se nasce já se é suficientemente velho para morrer. Enquanto o tempo de vida for abordado juridicamente como um simples número sem semântica, sem sentido ontológico, certamente injustiças serão praticadas e se fará letra morta tanto da dignidade humana quanto dos valores sociais do trabalho. Nivelar tempos existenciais distintos (trabalho e lazer) é desrespeito direto à dignidade humana, por não se ater à singularidade existencial de cada ser humano (trabalhador).

Não se pode mais ver no tempo existencial de um trabalhador um algo que acontece linearmente, como uma coisa que simplesmente passa ou é dada (como uma pedra ou um carro). É a vida que está em jogo em todas as suas circunstâncias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No telemundo, o trabalho já é teletrabalho. Muitos é que ainda não se deram conta disso ou teimam em fazer vista grossa ao real. A verdade, como diz Schopenhauer, passa por três estágios: no primeiro, ela é ridicularizada; no segundo, ela é violentamente combatida e, no terceiro, ela é tida como uma auto evidência. O teletrabalho não é apenas um conceito, mas um fato.

As mudanças não chegam de repente, elas sempre vêm vindo. Entretanto, há fatores que funcionam como impulsionadores de certos fenômenos. A Covid-19 está sendo um catalisador do teletrabalho em todo o mundo.

A realidade costuma fazer troça de crenças e achismos, bem como de visões que insistem em opor resistência aos avanços científicos, mormente em sua versão de maior sucesso, a tecnologia.

O fato: vive-se, hoje, numa sociedade em rede, hiperconectada e que relativiza categorias analíticas como espaço e tempo. Para usar um termo de Zygmunt Bauman (2016), tudo se transforma em fluido e, com isso, escorre mais facilmente, sendo mais difícil de ser

contido, represado, controlado. A imagem não é mais de uma sociedade como uma árvore de raiz pivotante ou axial e sim rizomática. Os centros se descentralizam. A convivência com o caos torna-se rotina.

Diante desse contexto, a CLT tem tentado normatizar as modificações que têm desestruturado os modelos tradicionais das relações de trabalho, especialmente as de cunho empregatício.

Há ainda focos bem identificados de resistência epistêmica, como, por exemplo, a noção de subordinação. Esse vocábulo, no texto consolidado, ainda carrega forte semântica haurida das estruturas da sociedade do controle e da vigilância, onde importava ter domínio sobre a mente e o corpo das pessoas, especialmente para que elas pudessem ser “úteis” à sociedade e darem a melhor performance ou produtividade para o atingimento desse desiderato (Foucault).

Como “é mais fácil desintegrar um átomo que um preconceito” (Albert Einstein), a sociedade em rede ainda convive e certamente conviverá por mais algum tempo, com essas noções-zumbi (Bauman, 2016).

A partir desse anacronismo, por exemplo, é que existe certa resistência de permitir que o teletrabalho seja realizado em qualquer lugar, pois ainda há empregadores que não se deram conta de que o trabalho se desmaterializou, e a casa não é mais o único prolongamento do local clássico de trabalho. Qualquer lugar é adequado ao teletrabalho, desde que as condições tecnológicas o permitam.

A partir dessas constatações, as seguintes considerações podem ser estabelecidas:

- a) o teletrabalho cresce em progressão geométrica e tende a ser a modalidade mais utilizada para a contratação de mão-de-obra tanto manual quanto intelectual, com destaque para essa última;
- b) a subordinação cada vez mais ficará mitigada em face da mobilidade concedida ao trabalhador, tanto temporal quanto espacial;
- c) esse regime possibilita a otimização de espaços, quebrando a visão clássica da necessidade de grandes espaços de trabalho;
- d) a flexibilidade de tempo e espaço gera motivação profissional;
- e) resultados econômicos favoráveis ao trabalhador, com economia de tempo e gastos com transporte e alimentação; e
- f) resultados econômicos favoráveis ao empregador, com economia de manutenção de grandes espaços de trabalho, além do incremento na

produtividade com a racionalização do trabalho e a maior autonomia e motivação do empregado.

Cautelas devem ser adotadas:

- a) limitação do lapso temporal diário no qual o teletrabalho poderá ser prestado;
- b) previsão de pagamento de horas extras e garantia de banco de horas, em casos excepcionais devidamente fundamentados, para os casos de extrapolação do lapso temporal diário no qual o teletrabalho poderá ser prestado; e
- c) garantia do direito à desconexão, permitindo que o trabalhador se desligue dos dispositivos tecnológicos que o prendem ao seu teletrabalho.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.

BORGES, Jorge Luís. **Nueva refutación del tiempo**. Obras Completas. Buenos Aires: Emecé Editores, 1974.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. Volume 1. Petrópolis, Rio de Janeiro, 2012.

BRASIL. Poder Executivo. **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/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 6 mar 2021.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede – A era da informação: economia, sociedade e cultura**. São Paulo: Paz e Terra, 2020.

CATANI, Afrânio Mendes et al. (Org.). **Vocabulário Bourdieu**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende e PINO ESTRADA, Manuel Martín (Orgs.). **Teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

COLUMBO, Francesca e MASSONI, Túlio de Oliveira. **Tempo de trabalho e teletrabalho.** In COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende e PINO ESTRADA, Manuel Martín (Orgs.). **Teletrabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

CRARY, Jonathan. **24/7: capitalismo tardio e os fins do sono.** São Paulo: Cosac Naify, 2014.

ESASHIKA, Daniel Shim de Sousa e SCHEIDEMANTEL, Rogério. **Teletrabalho: experiências nacionais e internacionais.** Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/39959>>. Acesso em 6 mar 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** Petrópolis: Vozes, 1987.

GOLDSCHIMIDT, Rodrigo e GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. **Desconexão: um direito fundamental do trabalhador.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GORZ, André. **O imaterial: conhecimento, valor e capital.** São Paulo: Annablume, 2005.

GOVERNO DO BRASIL. **Governo reduz gastos públicos em R\$ 466.4 milhões com teletrabalho.** Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2020/08/governo-reduz-gastos-publicos-em-r-466-4-milhoes-com-teletrabalho>>. Acesso em 11 mar 2021.

GOVERNO FEDERAL. Ministério da Economia. **Governo federal economiza R\$ 691,9 milhões em despesas administrativas com trabalho remoto de servidores.** Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/governo-federal-economiza-r-691-9-milhoes-em-despesas-administrativas-com-trabalho-remoto-de-servidores-1>>. Acesso em 11 mar 2021.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço.** Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2017.

LAZZARATO, Maurizio e NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial: formas de vida e produção de subjetividade.** Rio de Janeiro: DP&A, 2013.

MASSI, Alfredo. **Teletrabalho – análise sob a óptica da saúde e da segurança do teletrabalhador.** In COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende e PINO ESTRADA, Manuel Martín (Orgs.). **Teletrabalho.** São Paulo: LTr, 2017.

MITOLOGIAGREGA. Mitologia Grega Br. **Curiosidades sobre Deuses, monstros e heróis.** Disponível em: <<https://mitologiagrega.net.br/cronos-e-kairos-personificacoes-do-tempo/#:~:text=J%C3%A1%20Kair%C3%B3s%20era%20retratado%20como,o%20deus%20do%20tempo%20oportuno.&text=Depois%20que%20j%C3%A1%20tiver%20passado,lo%2C%20assim%20como%20o%20tempo..>> Acesso em: 8 mar 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 9 mar 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Teletrabalho**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/legaldocument/wcms_127484.pdf>. Acesso em 7 mar 2021.

OLIVEIRA, Bruno Couto de. **Teletrabalho no Congresso Nacional durante a pandemia de Covid-19: De modalidade inexistente à garantidora da manutenção das atividades parlamentares**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 05, Ed. 10, Vol. 12, pp. 50-64. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/teletrabalho-no-congresso>>. Acesso em 7 mar 2021.

PAIXÃO JÚNIOR, Nilton Rodrigues da. **Regras de transição de aposentadoria de servidores públicos: uma análise crítica a partir da ontologia fundamental de Martin Heidegger e do pensamento crítico de Byung-Chul Han**. Tese de doutorado aprovada em 14 de dezembro de 2020 junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Veiga de Almeida - UVA.

SENETT, Richard. **A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

WHO – World Health Organization. **WHO MERS Global Summary and Assessment of Risk**. Disponível em: <https://www.who.int/csr/disease/coronavirus_infections/risk-assessment-august-2018.pdf?ua=1>. Acesso em: 7 mar 2021.

WILKINSON, Philip e PHILIP, Neil. **Guia ilustrado Zahar – Mitologia: mitos da criação, deuses, heróis, monstros, locais míticos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

Direitos humanos a luz da agenda 2030 e plano clima energia 2050: o uso das energias renováveis em prol do meio ambiente

Priscila Elise Alves Vasconcelos¹
Cleyson de Moraes Mello²

Resumo

Em pleno ano de 2020 as discussões acerca da preservação ambiental passaram a ser prioridade, tanto no âmbito nacional como internacional. Em decorrência da pandemia que assolou o mundo – COVID 19 –, a busca de soluções para sobrevivência humana se tornaram verdadeiros desafios. Nessa linha, a pesquisa aborda o contexto do Acordo de Paris e do Plano Clima e Energia 2050 no âmbito do uso de energias renováveis. Para isso, a metodologia utilizada foi a qualitativa, com base em dados oficiais, políticas públicas atuais, doutrina especializada e artigos científicos extraídos de base de dados como *Web of Science*, *Scopus* e *Google Acadêmico*. Ao final, é possível verificar o impacto que a mudança comportamental em prol do consumo sustentável na área de energia elétrica pode influenciar na preservação e tutela do meio ambiente.

Palavras-chave: sustentabilidade, desafios, energias renováveis, pandemia.

Abstract

In the middle of 2020, discussions about environmental preservation became a priority, both nationally and internationally. As a result of the pandemic that has plagued the world – COVID 19 – the search for solutions for human survival have become real challenges. In this line, the research addresses the context of the Paris Agreement and the Climate and Energy Plan 2050 in the context of the use of renewable energies. For this, the methodology used was qualitative, based on official data, current public policies, specialized doctrine and scientific articles extracted from databases such as *Web of Science*, *Scopus* and *Google Scholar*. In the end, it is possible to verify the impact that behavioral change in favor of sustainable consumption in the area of electricity can influence the preservation and protection of the environment.

Keywords: sustainability, challenges, renewable energies, pandemic.

¹ Estágio Pós Doutoral em Direito das Cidades (UERJ). Doutora em Direito (UVA RJ). Mestra em Agronegócios (UFGD). Especialista em Meio Ambiente (COPPE UFRJ), Direito Público e Direito Privado (EMERJ ESA). Pesquisadora GGINNS. Bolsista Prosup Capes UVA. Premiada na categoria Direito Urbanístico e Meio Ambiente do Prêmio Livros pela obra “Função Socioambiental das Cidades: o uso de energia renováveis e a cogeração advinda de resíduos sólidos” em 2020. Professora da FADIR UFGD. Advogada.

² Pós-Doutorado em Teoria do Direito no IHGB (2018); Doutor em Direito (2006); Coordenador do curso de Direito do UNIFAA; Professor Titular do UNIFAA; Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UERJ; Professor do PPGD da UERJ e UVA. Membro do IAB.

1 INTRODUÇÃO

2020 será marcado por um ano de grandes desafios. Com o surgimento de uma pandemia que assolou os continentes, com milhares de infectados e mortes, a temática Meio Ambiente voltou a ter seu destaque.

De acordo com vários estudos publicados ao longo do ano de 2020, a preservação ambiental se tornou uma verdadeira questão de sobrevivência. Houve uma valorização da educação ambiental e de busca pela conscientização para conservação e não degradação a fim de evitar novas pandemias. O temor pelas perdas causadas passou a ser visto de forma positiva por aqueles que tanto lutam pelo Meio Ambiente.

Ao abordar a temática Meio Ambiente, é imprescindível destacar que está caracterizado como um Direito Humano de terceira geração ou dimensão. Numa visão sistêmica, é possível verificar que a aplicabilidade do princípio da dignidade a pessoa humana está diretamente relacionada à proteção ambiental.

Assim, a pesquisa a ser demonstrada tem por escopo abordar o meio ambiente no contexto dos tratados internacionais ocorridos a partir de 2015: a Agenda 2030 e o Plano Clima Energia de 2050.

Para tanto, a metodologia utilizada foi a análise de dados oficiais, artigos científicos extraídos das principais bases como *Web of Science*, *Scopus* e *Google Acadêmico*, além de doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto. As políticas mundiais também foram imprescindíveis para o desenvolvimento da pesquisa.

Ao final da pesquisa, é possível verificar o quão relevante são as discussões acerca das políticas mundiais – com uma breve análise sobre as perspectivas pós-pandemia de COVID 19. Inclui-se a abordagem sobre o homem ser integrante do meio ambiente e que suas condutas refletem diretamente na preservação ambiental.

2 O SER HUMANO COMO SER INTEGRANTE DO MEIO AMBIENTE

O Meio Ambiente é formado por quatro aspectos: natural, artificial, cultural e do trabalho. Para Sirvinskas (2015), o meio ambiente natural abrange a fauna, flora, atmosfera, tudo o que estiver relacionado a recursos naturais. O artificial engloba qualquer espaço construído. Já o cultural está relacionado a bens materiais e imateriais com valores paisagísticos, históricos, artísticos, arqueológicos, ecológicos e científicos. Por fim, o autor traz o meio ambiente do trabalho – ou laboral. Nesse, independente de ser remunerado ou não, as normas de segurança são efetivamente consideradas.

Acerca da figura e participação do homem, de acordo com a Declaração das Nações Unidas de 1972 – Declaração de Estocolmo -, trata-se de parte integrante do meio ambiente

(ONU, 1972). É reconhecido o aspecto natural e artificial do meio ambiente, imprescindíveis ao bem-estar da vida humana³.

Dausaku Ikeda (Athayde e Ikeda, 2018) aponta de forma clara que a Declaração Universal dos Direitos Humanos está alicerçada nos próprios seres humanos, fazendo com que a dignidade absoluta da vida humana seja inviolável, merecendo por isso ser preservado.

Diante disso, é preciso lembrar do artigo 1º, inciso III da Carta da República de 1988 (BRASIL, 1988). De acordo com o dispositivo constitucional, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental, sendo basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

Inclusive, é de suma importância lembrar que desde o advento do Código Civil de 2002, a constitucionalização do Direito passou a ser uma realidade no Brasil. Junto, houve a valorização do meio ambiente e o aumento considerável na área de energias renováveis – produção e consumo. Para Fiorillo (2016), esses fatores acrescidos dos tratados internacionais repercutiram na contextualização do princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com meio ambiente ecologicamente sustentável.

Cumprir lembrar que a Constituição da República de 1988 elencou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma cláusula pétrea. Ou seja, está enquadrado como um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro (VASCONCELOS, 2019).

3 ENERGIAS RENOVÁVEIS NO SÉCULO XXI

Durante muitos anos o desenvolvimento econômico esteve relacionado ao uso de combustíveis fósseis – carvão mineral, petróleo e derivados. Com a Revolução Industrial ocorrida no final do século XVIII, foi possível alcançar patamares antes utópicos no setor, repercutindo diretamente no avanço da sociedade.

Ao passar dos anos e com o impacto causado no meio ambiente pelo uso excessivo desses combustíveis, o resultado negativo da evolução foi o aquecimento global. Advindo das emissões de gases de efeitos estufa – GEE -, a busca por alternativas em reduzir o avanço desse aquecimento passou a ser o maior desafio em todo o mundo e objeto de discussões entre as mais diversas nações.

³ “1. *Man is both creature and moulder of his environment, which gives him physical sustenance and affords him the opportunity for intellectual, moral, social and spiritual growth. In the long and tortuous evolution of the human race on this planet a stage has been reached when, through the rapid acceleration of science and technology, man has acquired the power to transform his environment in countless ways and on an unprecedented scale. Both aspects of man's environment, the natural and the manmade, are essential to his well-being and to the enjoyment of basic human rights—even the right to life itself*” (ONU, Report of the United Nations Conference on the Human Environment, 1972, page 08).

No Brasil, as ações governamentais começaram a surgir nos anos 2000. Com a Lei N° 10.295/2001, é publicada a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia. Através desse programa, a União Federal tinha por objetivo uma alocação eficiente dos recursos energéticos, além da preservação ambiental (BRASIL, 2001).

Posteriormente, em 2002, foi publicado o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA – através da Lei n° 10.438/2002 (BRASIL, 2002). O objetivo principal passa a ser o fomento da participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de produtores independentes e autônomos. Surge no contexto brasileiro a legitimação do *prosumer* ou autoprodutor de energia.

É interessante apontar que o PROINFA não estava destinado apenas a uma fonte de energia renovável. O programa engloba as fontes de energia eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa.

Em 2015, concomitantemente a realização do Acordo de Paris, ocorreu a COP 21. Nesse evento mundial, o Brasil foi reconhecido como o país campeão em energia limpa. Àquela época, segundo dados do CERNE (2015), as fontes renováveis correspondiam a aproximadamente 78% da energia gerada no Brasil. Esse percentual já superava em três vezes a média mundial, com 20,3% de fontes renováveis.

Em 2020, de acordo com dados extraídos do Ministério de Minas e Energia – MME -, o Brasil passa a ter uma maior participação das fontes diversas à hidrelétrica em sua matriz energética (mais abrangente). Através de três indicadores⁴ - crescimento do consumo das famílias, renovabilidade e segurança -, foi possível constatar um aumento de 0,6% no uso de fontes renováveis se comparado a 2018, além de um aumento na demanda total de 1,4% no mesmo período (MME, 2020).

Importante destacar que o uso de fontes renováveis – hidráulica, eólica, solar e bioenergia, alcançaram o patamar de 46,1% na Matriz Energética brasileira⁵.

No contexto mundial, o ano de 2020 apresentou um aumento significativo no uso de fontes renováveis. Em 01 de setembro de 2020, a BloombergNEF (2020) publicou o resultado de uma pesquisa onde 67% de toda a energia produzida no mundo era proveniente de fontes eólicas e fotovoltaicas.

Verifica-se uma tendência na aplicação de tecnologia para o desenvolvimento de fontes com menor impacto ao meio ambiente e potencialidade equivalente às fontes poluentes.

⁴ “Estes indicadores fazem parte da Resenha Energética Brasileira de 2020, tendo como fonte de dados o Balanço Energético Nacional do ano base 2019 (edição 2020), concluído pela Empresa de Pesquisa Energética, com a cooperação do Ministério de Minas e Energia e as Empresas e Agentes do Setor Energético.” Disponível em http://www.mme.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/pdAS9IcdBICN/content/fontes-renovaveis-sobem-0-6-ponto-percentual-na-matriz-energetica Acesso em 12 dez 2020.

⁵ Também conhecida como Matriz da Demanda Total de Energia.

4 ACORDO DE PARIS: A AGENDA 2030

Passados cinco anos da realização do Acordo de Paris com a publicação da Agenda 2030 e seus 17 Desafios do Desenvolvimento Sustentável – ODS -, é possível verificar que alguns passos já foram dados.

O documento intitulado Agenda 2030 é fruto da reunião entre líderes dos Estados Membros da ONU que se reuniram em setembro de 2015 com o objetivo de criar um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir que as pessoas alcancem a paz e a prosperidade (ONU, 2015).

Através do Acordo de Paris, houve a estipulação de 17 desafios a serem seguidos pelos Estados Membros, onde os desenvolvidos contribuiriam para aqueles em estágio anterior alcançarem as metas previstas.

Tendo em vista o escopo da pesquisa tratar sobre meio ambiente como um Direito Humano e, delimitando um pouco mais, sobre as questões energéticas, a abordagem será sobre alguns dos ODS's ou Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

O documento intitulado “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” tem por objetivo ser um plano de ação, onde os Estados Membros se comprometem a tomar atitudes desafiadoras a fim de promover o desenvolvimento sustentável (ONU, 2015).

De acordo com a figura 01, dos 17 ODS's pelo menos três estão relacionados à temática energia renovável:

Figura 01 – 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU



Fonte: ONU (2015)

Através de uma breve análise, verifica-se que os ODS's de números 07 (energia limpa e acessível), 09 (indústria, inovação e infraestrutura), 11 (cidades e comunidades sustentáveis) e 12 (consumo e produção responsáveis) estão relacionados ao tema da pesquisa. Isso reflete a importância da temática e o quão é imprescindível o fomento ao desenvolvimento do setor de energias renováveis em prol da preservação ambiental.

Como apontado por De Carvalho (2018), os atores internacionais são os Estados, responsáveis por buscar maximizar poder e segurança. Isso ocorre por se tratar de uma política internacional onde os *players*⁶ buscam adequar a realidade ao mercado.

Vasconcelos (2020) faz uma abordagem sobre os ODS's relacionados à energia renovável, demonstrando a necessidade de estimular o acesso à informação e consumo.

Mediante isso, é possível constatar que as questões energéticas estão diretamente relacionadas ao meio ambiente. Isso pelo fato do impacto causado na emissão de gases de efeito estufa e conseqüentemente no aquecimento global e sobrevivência da vida no planeta.

⁶ *Players* aqui são os Estados-Membros que fazem parte da Organização das Nações Unidas, possuindo papel de extrema relevância na efetivação dos compromissos internacionais.

5 PLANO CLIMA ENERGIA 2050

Em 2016 foi elaborado o Plano Nacional de Energia para 2050 (PNE) pelo governo brasileiro. Necessário perfaz lembrar que devido as inúmeras riquezas naturais – sendo inclusive possuidor na maior biodiversidade mundial – como as dimensões continentais, o Brasil possui potencialidade para desenvolver todas as fontes de energia renovável previstas: hidrelétrica, eólica, fotovoltaica e advinda da biomassa (VASCONCELOS, MELLO e VASCONCELOS, 2019).

De acordo com a Empresa Brasileira de Pesquisas Energéticas – EPE -, o PNE prevê uma redução em 35% no uso de fontes hídricas na matriz energética brasileira. Isso ocorre pelo estímulo na geração de energia por fontes eólicas e fotovoltaicas, levando a uma estimativa do PNE 2050 utilizar aproximadamente 55% da capacidade instalada advinda de fontes hídricas (CERNE, 2016).

Ressalta-se que o Brasil é um país de fontes renováveis, sendo a sua matriz energética e elétrica majoritariamente limpa (CERNE, 2016).

Todavia, as mudanças nas matrizes não se limitam ao território brasileiro. Em 2019, a União Europeia publica um novo projeto em busca da descarbonização e até mesmo da neutralização na emissão de GEE's. edita o Pacto Ecológico Europeu – The European Green Deal (EUROPEAN COMMISSION, 2019).

Tendo por objetivo tornar a economia da União Europeia (UE) mais sustentável, o Pacto Ecológico Europeu possui três pilares: não emissão líquida de GEE em 2050; crescimento econômico não relacionado a exploração de recursos; e, por fim, que nenhuma região da EU seja deixada ignorada (EUROPEAN COMMISSION, 2019, 2).

No que abrange as fontes renováveis, o Pacto Ecológico Europeu, através da proposta de uma Lei Europeia do Clima, tem por objetivo atingir diversos setores da economia. São eles: “...investir em tecnologias não prejudiciais para o ambiente, apoiar a inovação industrial, implantar formas de transporte público e privado mais limpas, mais baratas e mais saudáveis; descarbonizar o setor da energia, assegurar o aumento da eficiência energética dos edifícios, cooperar com parceiros internacionais no sentido de melhorar as normas ambientais globais”. Todos diretamente relacionados a área de energia (EUROPEAN COMMISSION, 2019, 2).

Acerca do Plano Clima Energia, no contexto europeu, cada Estado Membro desenvolveu o seu plano nacional. Tem-se como exemplo Portugal que, em julho de 2020, publicou o Plano Nacional Integrado de Energia e Clima – o PNEC 2030. O objetivo do programa português é atingir cinco pontos principais: a descarbonização, eficiência energética, segurança de abastecimento, mercado interno da energia e investigação, inovação e

competitividade.

Percebe-se assim um movimento não apenas nacional como mundial em prol de medidas para a melhor proteção e preservação ambiental.

6 PROJEÇÃO PÓS-PANDEMIA

O ano de 2020 ficará para sempre marcado na História Mundial. Passados nove meses desde a decretação da pandemia de COVID-19 pela Organização Mundial de Saúde⁷, as questões atinentes ao meio ambiente passaram a ter uma relevância maior.

De acordo com estudos publicados ao longo do ano de 2020, medidas atinentes a preservação e conservação do meio ambiente podem evitar ou estimular o surgimento de novas pandemias. Para pesquisadores da University of Princetown, a ocorrência de destruição de florestas tropicais acrescidos do comércio de animais selvagens, são elementos que podem contribuir significativamente ao surgimento de patógenos com potencial pandêmico (DOBSON *et al*, 2020).

Em outro estudo publicado na Revista Nature em agosto de 2020, foi constatado que a degradação ambiental contribui significativamente no processo de migração de vírus de pequenos animais para o homem (GIBB *et al*, 2020).

No contexto das energias renováveis, tendo por base o New Energy Outlook 2020 da BloombergNEF, é possível verificar que há três cenários. O primeiro diz respeito à transição econômica, relacionado ao comportamento do consumidor e uso de tecnologias acessíveis comercialmente. O segundo está relacionado ao aspecto climático. Nesse, é preciso verificar alternativas para redução de gases de efeito estufa através de uso de energia e hidrogênio verde. No terceiro e último cenário, há o aspecto político imprescindível para os cenários anteriores.

De acordo com o Global Trends in Renewable Energy Investment 2020, um estudo feito pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), do Centro de Colaboração da Escola de Frankfurt da BloombergNEF (BNEF), mostra que fontes renováveis “vem suplantando a participação dominante dos combustíveis fósseis na geração de eletricidade na última década”. Com isso, houve um crescimento significativo em fontes eólicas e solares, incentivadas pela economia e tecnologia aplicadas.

O estudo realizado mostra que mesmo com a pandemia da COVID 19, o setor de energias renováveis vem apresentando um crescimento significativo. O próprio relatório Global Trends mostra a tendência a novos investimentos em prol do aumento da participação das fontes com menor impacto ao meio ambiente.

⁷ OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812 Acesso em 12 dez 2020.

É preciso verificar que as questões atinentes ao meio ambiente precisam mais do que nunca ser discutidas e as políticas efetivadas, de forma a não apenas alcançar o desenvolvimento sustentável e o cumprimento das políticas internacionais. A questão núcleo em 2020 passa a ser desenvolver e sobreviver, sem o risco iminente de novas pandemias em curto ou médio prazo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda e qualquer questão atinente ao meio ambiente deve ser vista como um Direito Humano. Isso ocorre não pela sua categorização – 3ª. dimensão ou geração – mas pela essencialidade e importância a sobrevivência da vida.

Durante a pesquisa foi possível verificar que os tratados e acordos internacionais possuem um papel relevante em busca do desenvolvimento sustentável. A efetivação das políticas internacionais por todos os países impactam de forma direta na realidade das sociedades.

Isso inclui as questões energéticas, principalmente o uso das tecnologias disruptivas ou novas tecnologias em prol do desenvolvimento daquelas tidas como renováveis. Através dos avanços tecnológicos é possível um menor impacto na atmosfera, buscando uma descarbonização e até mesmo a neutralização na emissão de gases de efeito estufa.

Todavia, mais do que nunca e influenciado pelo impacto que a pandemia da COVID 19 trouxe, é preciso uma mudança comportamental na sociedade e nos gestores. Essa atitude está voltada à medidas de preservação e não degradação ambiental, sendo imprescindível que os atos estejam em conformidade às políticas internacionais.

Trata-se mais do que nunca de questão de sobrevivência e de efetivação os Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ATHAÝDE, Austragésilo de; IKEDA, Dausaku. *Diálogo Direitos Humanos no século 21*. Edição comemorativa do 25º aniversário do encontro dos autores. Brasil Seikyo: São Paulo, 2018.

BLOOMBERGNEF. *Solar and Wind Reach 67% of New Power Capacity Added Globally in 2019, while Fossil Fuels Slide to 25%*. Disponível em <https://about.bnef.com/blog/solar-and-wind-reach-67-of-new-power-capacity-added-globally-in-2019-while-fossil-fuels-slide-to-25/> Acesso em 09 set 2020.

BLOOMBERGNEF. *New Energy Outlook 2020*. Disponível em <https://about.bnef.com/new-energy-outlook/> Acesso em 12 dez 2020.

BLOOMBERGNEF. *Global Trends in Renewable Energy Investment 2020*. Disponível em <https://www.fs-unep-centre.org/global-trends-in-renewable-energy-investment-2020/> Acesso em 08 dez 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 10 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 dez 2020.

BRASIL. *Política Nacional de Conservação e Uso Racional de Energia*. LEI ° 10.295 de 17 de outubro de 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110295.htm Acesso em 12 dez 2020.

CERNE. Centro de Estudos Naturais e Energia. *Brasil é campeão em energia limpa*. Disponível em <<http://cerne.org.br/brasil-e-campeao-em-energia-limpa/>> Acesso em: 02 dez 2020.

CERNE. Centro de Estudos Naturais e Energia. *Consumo de renováveis vai crescer 4,8% ao ano até 2035*. Disponível em <<http://cerne.org.br/consumo-de-renovaveis-vai-crescer-48-ao-ano-ate-2035/>> Acesso em: 02 dez 2020.

DE CARVALHO, Francisco Tonilo. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU e seus Atores: o impacto do desenvolvimento sustentável nas relações internacionais*. Confluências. ISSN 2318-4558. V. 21, n.3, 2019. Publicado em dezembro 2019. P. 5-19. Disponível em <https://periodicos.uff.br/confluencias/article/view/34665/22955> Acesso em 10 dez 2020.

DOBSON, Andrew P., PIMM ,Stuart L., HANNAH, Lee, KAUFMAN ,Les, AHUMADA , Jorge A., ANDO ,Amy W., BERNSTEIN , Aaron, BUSCH, Jonah, DASZAK, Peter, ENGELMANN, Jens, KINNAIRD ,Margaret F., LI, Binbin V., LOCH-TEMZELIDES, Ted, LOVEJOY, Thomas, NOWAK, Katarzyna, ROEHRDANZ, Patrick R., Mariana M. *Vale Ecology and economics for pandemic prevention*. Publicado em 24 Jul 2020: Science. Vol. 369, Issue 6502, pp. 379-381 DOI: 10.1126/science.abc3189. Disponível em <https://science.sciencemag.org/content/369/6502/379> Acesso em 12 dez 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Estratégia a longo prazo para 2050*. Disponível em https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050_pt. Acesso em 12 dez 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *The European Green Deal*. Disponível em https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en Acesso em 12 dez 2020.

FIORILLO, Celso Antônio P. *Princípios do Direito Processual Ambiental*. São Paulo. Ed. Saraiva. 6ª. ed. 2016.

GIBB, Rory; Redding, David W., Chin, Kai Qing, Donnelly, Christl A., Blackburn ,Tim M., 163

Newbold, Tim, . Jones, Kate E. *Zoonotic host diversity increases in human-dominated ecosystems*. Nature. 584, pages398–402(2020). Publicado em 05 de agosto de 2020. Disponível em <https://www.nature.com/articles/s41586-020-2562-8>. Acesso em 10 set 2020.

MINISTERIO DE MINAS E ENERGIA. Fontes renováveis sobem 0,6 ponto percentual na Matriz Energética. Publicado em 20 de julho de 2020. Disponível em http://www.mme.gov.br/todas-as-noticias/-/asset_publisher/pdAS9IcdBICN/content/fontes-renovaveis-sobem-0-6-ponto-percentual-na-matriz-energetica Acesso em 12 dez 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*. Publicada em 05 de junho de 1972. Disponível em <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em 12 dez 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. Plataforma Agenda 2030. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em <http://www.agenda2030.com.br/sobre/> Acesso em 10 dez 2020.

OPAS BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde. *OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia*. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812 Acesso em 12 dez 2020.

PORTUGAL ENERGIA. *PNEC 2030*. Disponível em <https://www.portugalenergia.pt/> Acesso em 02 set 2020.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VASCONCELOS, Priscila E. A. *Responsabilidade Jurídico Ambiental das Usinas Sucroenergéticas e a Recuperação de Áreas Degradadas*. Processo: Rio de Janeiro, 2019.

VASCONCELOS, Priscila E. A. *A Função Socioambiental das Cidades. O uso de energias renováveis e a cogeração advinda de resíduos agroindustriais*. Processo: Rio de Janeiro, 2020.

VASCONCELOS, Priscila E.A.; MELLO, Cleyson de Moraes; VASCONCELOS, Paulo S. *O Incentivo Ao Uso De Energias Renováveis Como Forma De Preservação Ambiental E O Princípio Constitucional Da Dignidade Da Pessoa Humana*. In: Democracia e Direitos Fundamentais. Estudos em Homenagem ao Professor Leonardo Rabelo. Processo: Rio.

Educação digital, proteção de dados pessoais e novos espaços de trabalho jurídico

Stela Tannure Leal de Vasconcelos¹

Resumo

Este artigo tem o objetivo de analisar como mecanismos de educação digital – para o ensino jurídico e em outros campos pedagógicos – podem contribuir para a promoção de uma cultura de proteção de dados pessoais, assim como para a reconfiguração das carreiras jurídicas e surgimento de novas possibilidades de atuação para o operador do Direito. Essa análise é realizada através de uma pesquisa bibliográfica de viés descritivo, utilizando-se de fontes predominantemente jurídicas que pesquisaram os temas de educação digital, proteção de dados pessoais e o comportamento de atores e profissões jurídicas diante de inovações tecnológicas. Observou-se que a área do Direito, tradicionalmente conservadora na aproximação com questões tecnológicas, possui potencialidades de sofisticação da tutela da proteção de dados pessoais através da aproximação com a educação digital.

Palavras-chave: Direito digital. Educação digital. Proteção de dados pessoais.

Abstract

This article aims to analyze how digital education mechanisms - for legal education and in other pedagogical fields - can contribute to the promotion of a culture of personal data protection, as well as to the reconfiguration of legal careers and the emergence of new possibilities of action for the law operator. This analysis is performed through a descriptive bibliographic search, using predominantly legal sources that researched the themes of digital education, personal data protection and the behavior of actors and legal professions in the face of technological innovations. It was observed that the area of Law, traditionally conservative in approaching technological issues, has potential for sophistication in the personal data protection field through approximation with digital education.

Palavras-chave: Digital law. Digital education. Personal data protection.

1 INTRODUÇÃO

O campo jurídico é, culturalmente, reticente à adoção de novas tecnologias, o que resulta numa evolução e incorporação lenta de questões tecnológicas em suas rotinas e objetos de estudo. Desta maneira, problemas tecnológicos são incorporados com dificuldade no ensino jurídico, tratados com superficialidade pelos operadores do Direito e subestimados por legisladores e outros agentes políticos.

¹ Doutora (2019) e Mestre (2016) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Professora Adjunta do Curso de Direito do Centro Universitário de Valença (UNIFAA). Professora do Curso de Direito da Faculdade Vértix Trirriense (UNIVÉRTIX). Advogada e consultora jurídica.

As reflexões sobre ensino jurídico no Brasil compreendem diversos aspectos: a percepção da necessidade de novas habilidades para o profissional de direito, a sensibilidade para a transformação tecnológica que atinge o setor e um chamado profundo e geral para a educação digital destes profissionais.

As reflexões desenvolvidas neste breve ensaio se estruturam a partir de um dos fatores relacionados ao impacto das modificações do ensino jurídico, de maneira a observar de que maneira a educação e o letramento digital de estudantes e profissionais do campo jurídico podem contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de proteção de dados no Brasil.

Desta forma, inicia-se com uma análise das ideias de educação digital e de formação de uma cultura de proteção de dados pessoais, para, posteriormente, ponderar a respeito das interações entre educação digital e ensino jurídico e compreender como estes cenários podem produzir melhor entendimento a respeito da extensão dos direitos relacionados à proteção de dados pessoais.

2 EDUCAÇÃO DIGITAL

A quarta Revolução Industrial induz à modificação das relações sociais com o trabalho e com o conceito de privacidade. Este momento de transição apresenta modificações nas estruturas profissionais, em que declinam as profissões físicas, preditivas ou mecânicas, aumentando os espaços para o desempenho de trabalho humano e criativo.

Novas funções demandam novas competências, demandando o denominado *letramento digital*: neste movimento educacional, existe a necessidade de produção de conhecimento a respeito dos mecanismos e vocabulário das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC).

Este fenômeno não se restringe a ambientes digitais “puros”, visto que o envolvimento com questões digitais não está mais restrito a espaços determinados: as TIC estão relacionadas com ambientes que, numa primeira análise, podem parecer eminentemente “analógicos”, como o setor de comércio e serviços - mas que passam a se utilizar de mecanismos digitais e coleta de dados pessoais para o incremento de suas atividades.

Neste breve estudo, não serão abordadas questões amplas a respeito da educação digital, mas sim um enfoque específico para a educação digital para a promoção da cultura de proteção de dados pessoais – embora se compreenda que exista um círculo virtuoso de promoção do letramento digital, em que o conhecimento a respeito de um tema leva à aproximação dos demais temas correlacionados.

Para o ambiente do ensino jurídico, é perceptível que ainda ocorre uma confusão entre educação digital e o mero peticionamento eletrônico. Contudo, deve-se notar que o tema é transversal e interdisciplinar e, quando se trata de promoção de cultura de proteção de dados pessoais, o tema pode ser abordado e discutido em diversas disciplinas do curso de Direito. Contudo, ainda se nota que os profissionais de direito tendem a resistir a incorporação de novas tecnologias e as medidas de educação digital em suas rotinas – Senra (2019, pp. 177-178)

observa que as fases de relacionamento dos operadores de Direito com as tecnologias são as seguintes: há uma primeira fase de *rejeição*, na qual o profissional despreza o potencial transformador de novas tecnologias; na fase de *atenção*, há um início de interesse por parte desses profissionais; enquanto na fase de *aproximação* o conhecimento do operador de direito sobre esses temas começa a se aprofundar; e, finalmente, na fase de *interação colaborativa*. Essas tecnologias passam a ser incorporadas às práticas profissionais.

Neste sentido, a necessidade da abordagem dos temas afetos à educação digital e proteção de dados pessoais dentro dos cursos de Direito se acentua quando se percebe que este conhecimento é motor para um ambiente de negócios ético:

Assim, se a informação é o epicentro dos novos negócios, reclama que o direito se debruce sobre ela para resguardar as relações daí provenientes, sendo inafastável o tratamento dos dados pessoais por, porque, cada vez mais, o mercado oferece a sociedade busca soluções personalizadas, possíveis a partir do tratamento dos dados pessoais. (BORELLI, ZAMPERLIN, 2020, p. 366)

Considerando-se este papel catalisador de novos negócios, percebe-se que a educação digital para a proteção de dados pessoais não pode se restringir ao ambiente do ensino jurídico, devendo ser incorporada a ambientes negociais, assim como para os destinatários finais e/ou consumidores destes negócios.

3 CULTURA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Vivenciamos um modelo econômico que se fundamenta no fluxo de dados pessoais, o que demanda perceber que o conceito de privacidade deve ser reformulado para se adequar a esta *economia de dados*. Nota-se, portanto, que empresas de todos os ramos de atuação no mercado se utilizam de dados pessoais para o incremento do desempenho de seus modelos de negócio: a extração, o tratamento e a elaboração de perfis com a utilização de dados pessoais (*profilling*) permite o direcionamento de experiências e respostas mais assertivas para o consumidor final.

Contudo, percebe-se uma necessidade de orientação ética para o uso de *big data*, ou seja, esse fenômeno de coleta de dados pessoais em grande volume de diversas fontes de informação, que localiza e percebe padrões valoráveis e não identificáveis por seres humanos nesta massa de informação demanda atenção jurídica, dadas as suas consequências sociais – ainda não totalmente delimitadas.

Essa orientação orbita em torno do conceito de *autodeterminação informativa*, essencial para a compreensão da postura dos titulares de dados pessoais diante de outros atores deste ambiente:

Nesse contexto, precisamos falar sobre a autodeterminação informativa, que busca incluir o titular não apenas na fase de consentimento, mas também em fases sucessivas

do tratamento de dados pessoais, compreendendo o direito de fornecer e ter acesso aos seus dados, o que será feito com eles, quais as garantias e as pessoas envolvidas no tratamento. Assim, proporcionar a tutela de suas próprias informações, como afirma Doneda, não se limita a um aspecto negativo, de não expor ou fornecer os dados, mas de escolher o que será feito com eles, com base em informações suficientes, claras e de qualidade, que permitam a realização de escolhas livres e conscientes. (BORELLI, ZAMPERLIN, 2020, p. 367)

Este encaminhamento deve considerar que o conceito de privacidade se alterou ao longo do tempo, incorporando novas esferas protetivas em paralelo com os avanços tecnológicos.

Neste sentido, Viviane Maldonado observa, ao analisar as *consideranda* da GDPR, que o conceito de privacidade se expande para compreender novos cenários:

Verifica-se, pois, que, no interregno de aproximadamente 30 anos, operou-se o alargamento da proteção dos direitos e das liberdades fundamentais de todas as pessoas, em especial quanto ao respeito à sua vida privada, de modo a, agora, ser assegurada, de forma expressa, a específica a proteção quanto aos dados pessoais. Por evidente, e tal como se extrai do texto, tal compreensão de correio especificamente do “fluxo crescente, através das fronteiras, de dados de caráter pessoal suscetíveis de tratamento automatizado”. (MALDONADO, 2019, p. 218)

Para orientar usos positivos da tecnologia, acompanhando influxos iniciados pelo GDPR (*General Data Protection Regulation*) europeu, entrou em vigor em setembro de 2020 a Lei n. 13.709/2018 no Brasil, que busca oferecer novas ferramentas de proteção da privacidade, relacionadas à proteção de dados pessoais.

A Lei Geral de Proteção de Dados tem um objetivo de fomento de uma cultura de proteção de dados pessoais no Brasil, como se percebe de sua própria estruturação: os artigos iniciais deste diploma legal possuem um objetivo claro de minudenciar os conceitos e fundamentos sobre os quais se estrutura a proteção de dados pessoais.

Neste sentido, nota-se uma relação de paralelismo jurídico fundamental para este estímulo cultural: as primeiras normas de proteção de dados pessoais no Brasil se relacionam com diplomas normativos de natureza consumerista: existe, portanto, uma tendência de ligação da tutela consumerista com a tutela de proteção de dados pessoais.

Estas relações ficam evidenciadas quando se observa que algumas das decisões que possuem o objetivo de proteger dados pessoais no Brasil anteriores a promulgação da LGPD ocorre na seara consumerista, como se vê:

Em outro caso relevante no Brasil, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) condenou uma empresa de comércio eletrônico ao pagamento de R\$7.500.000,00, por diferenciação de preço de acomodações e negativa de oferta de vagas em hotéis, quando existentes, de acordo com a localização geográfica do consumidor (*geopricing* e *geoblocking*). No relatório que acompanha a condenação, a área jurídica do DPDC entendeu que ao precificar - ou permitir que se precifique - o serviço de acomodação de acordo com a localização geográfica do usuário, a empresa se conduz de forma a extrapolar o direito de precificar (ou permitir que

serviço por ele anunciado seja precificado) de acordo com as práticas do mercado, não se justificando o estabelecimento de preços diferentes de serviços que serão prestados no mesmo local e nas mesmas condições a qualquer consumidor que esteja disposto a pagar por esses serviços. (VAINZOF, 2019, p. 44)

Esta reflexão também pode ser realizada no sentido de observar que a tutela consumerista no Brasil foi incorporada e fomentada em um mecanismo claramente pedagógico: a compreensão dos limites do direito do consumidor foi uma das frentes de capilaridade cultural do Código de Defesa do Consumidor, e estes processos podem ser replicados para a disciplina da proteção de dados pessoais.

4 EDUCAÇÃO DIGITAL PARA O DIREITO E A FORMAÇÃO DE UMA NOVA CULTURA JURÍDICA

Diante do exposto, percebe-se que o aprofundamento de uma cultura de proteção de dados no Brasil passa pelo incremento de mecanismos de educação digital: compreender a relevância deixa os processos contribui para melhor entendimento dos limites e para a efetivação dos direitos elencados na LGPD.

Estes processos revelam ainda maior relevância quando se observa a postura refratária dos operadores do Direito diante de questões tecnológicas: é perceptível que estamos imersos em uma cultura jurídica na qual o operador do direito compreende que as suas relações com tecnologia se restringem à utilização de editores de texto, correio eletrônico e mecanismos de peticionamento eletrônico, sem reflexão acerca dos reflexos jurídicos em inovações tecnológicas. Neste sentido é a provocação de Susskind (2019, p. 8):

Quanto às suas 1.200 faculdades de Direito, a principal questão estratégica é esta - o que você está oferecendo para a formação de seus jovens advogados? Uma das minhas maiores preocupações sobre o futuro da indústria jurídica é que a grande maioria dos professores de Direito em todo o mundo, e não apenas no Brasil, ainda está treinando seus alunos para se tornarem juristas do século XX, em vez de profissionais do Direito do século XXI.(tradução nossa)²

Assim, nota-se que Richard Susskind marca que a manipulação da tecnologia é uma das três grandes mudanças pelas quais a advocacia passa em suas atividades. Neste sentido é a análise de Helder Galvão:

Susskind não poupa críticas ao comportamento cético da maioria dos advogados, ao qual denomina *irrational rejectionism*, uma dogmática e visceral rejeição de uma tecnologia da qual o cético nem ao menos possui experiência. Embora o Direito em si demore mais a atualizar-se, as tecnologias que servem como plataforma para o direito são muito mais rápidas, exponenciais, e é dever do advogado antecipar-se a essa

² No original: “As for your 1200 law schools, the main strategic question is this – what are you training your young lawyers to become? One of my biggest concerns about the future in legal industry is that the great majority of law professors around the world, and not just in Brazil, are still training their students to become twentieth century legal practitioners rather than twenty-first century law professionals.”

mudança tecnológica. (GALVÃO, 2019, p. 19)

Vislumbra-se, portanto, um cenário em que, quando chega a compreender o processo de evolução tecnológica, o Direito somente morde os seus calcanhares, sem, contudo, analisar efetivamente os influxos de retroalimentação entre questões jurídicas e tecnológicas – resultando em uma proteção superficial, que não atinge todas as suas potencialidades.

No campo do ensino jurídico, a percepção que deve nortear aqueles que trabalham com os currículos dos cursos de graduação e pós-graduação na área do Direito deve ser o de que os temas da educação digital e da proteção de dados pessoais São eminentemente transversais e interdisciplinares. Contudo, existem alguns pontos do currículo em Direito nos quais essas temáticas se enquadram com maior facilidade, como indica Danilo Doneda:

O direito civil possui um papel de primeira ordem nessa tarefa, dependendo para isso que algumas de suas características mais caras sejam utilizadas na plenitude de seu potencial, mesmo em um ambiente tão diverso daquele no qual alguns de seus conceitos e institutos foram delineados. Deve estabelecer, portanto, um novo perfil para autonomia privada em sua intrincada tarefa de ser instrumento para a atuação das liberdades individuais, ao mesmo tempo que ressona com um conjunto de direitos fundamentais a elas ligados. (DONEDA, 2019, p. 65)

Acompanhando o raciocínio do autor, também é possível conceber o tratamento dos temas de educação digital e proteção de dados pessoais nas disciplinas correlatas ao Direito Constitucional (em virtude do caráter de direito fundamental dos temas tratados), Direito do Consumidor (quando se considera a questão consumerista inerente à proteção dos dados pessoais), Direito Administrativo (para temas relacionados com o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público e a atuação da ANPD) e Tutela Coletiva (para a consideração de lesões coletivas ocorridas em incidentes com dados pessoais).

Desta forma, é possível ponderar que a resistência à incorporação da educação digital prejudica, também, o fomento de uma cultura de proteção de dados pessoais. Assim, infere-se que estas medidas pedagógicas favoreceriam a compreensão acerca das situações de aplicabilidade da LGPD no Brasil, permitindo que circunstâncias digitais e não digitais previstas por este diploma legal sejam identificadas com mais clareza pelos seus destinatários, como, por exemplo, os conceitos de dados pessoais, dados sensíveis ou banco de dados:

Um dos principais pontos a se ter em mente quando falamos de dados pessoais e privacidade é: de quem são esses direitos. Pode parecer óbvio, mas é o passo inicial para compreender que não é possível coletar e usar esses dados simplesmente conforme os interesses do negócio, sem base legal e sem segurança. Sendo direitos alheios, como são, devem ser respeitados como qualquer outro. (...) Na cultura de proteção de dados isso é claro. Mas, sem ela, pode-se tentar diminuir o valor dos dados dizendo que “é só o CPF”, “é só o nome”, “é só o sexo”. Quem nunca viu ao fornecimento de dados pessoais para obter um desconto ou uma informação? Todavia, essas são afirmações que tendem a ignorar direitos, obrigações e, sobretudo, riscos. (BORELLI, ZAMPERLIN, 2020, p. 376)

Outrossim, a compreensão dos fundamentos e princípios da LGPD se torna mais clara

quando é vivenciado um movimento de conscientização e educação para a proteção de dados pessoais. Como um exemplo desta aplicação amadurecida, pode-se falar no entendimento a respeito do princípio da transparência, apresentado no art. 6º, VI, da Lei Geral de Proteção de Dados:

Se o objetivo da legislação é tutelar direitos fundamentais, como privacidade o livre desenvolvimento da personalidade, por meio do tratamento ético responsável e seguro dos dados pessoais, não há como garantir referida tutela sem transparência, ou seja, *sem que o titular dos dados tenha conhecimento de quem é o agente do tratamento e sobre as características do tratamento, com informações claras, precisas e facilmente acessíveis*. O titular dos dados carece da ampla informação sobre o tratamento de seus dados para que consiga enxergar, cristalina, a legalidade, legitimidade e a segurança do tratamento de acordo com o seu propósito, adequação e necessidade. Assim, terá condições para refletir sobre o tratamento e tomar decisões de acordo com os seus direitos. (VAINZOF, 2019, p. 150) (grifo nosso)

É possível inferir da leitura deste comentário que a compreensão efetiva por parte do titular de dados pessoais a respeito da aplicação do princípio da transparência, no sentido legal, somente pode ser alcançada quando existe entendimento a respeito do que são os seus dados pessoais, seus limites, suas possibilidades de coleta e tratamento por parte de controladores etc.

Outra possibilidade de aplicação da LGPD que somente seria plenamente aplicada com uma cultura amadurecida de proteção de dados pessoais é aquela descrita no §4º do art. 7º da lei: quando se avalia a dispensa do consentimento nas circunstâncias em que o titular de dados os tornou públicos por sua própria iniciativa, nota-se que nem sempre o titular possui plena consciência da extensão das consequências da publicização dos seus dados pessoais, em especial quando estes foram divulgados em perfis de mídias sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comportamento refratário do campo jurídico aos influxos tecnológicos cria um cenário em que a necessidade de compreensão do ambiente digital pelo Direito fica comprometida, com consequências em dois sentidos, quais sejam: titulares de direitos passam a considerar que o ambiente digital não pode ser regulado; profissões jurídicas padecem pela ausência de espaços hábeis para a aproximação profissional e efetiva compreensão jurídica de questões tecnológicas. Além disso, nota-se que estas duas consequências se retroalimentam, reforçando percepções equivocadas sobre o Direito Digital como um todo e seus aspectos aplicados – como a proteção de dados pessoais, abordada neste breve ensaio.

Neste sentido, a adesão a medidas de educação digital, no ambiente das faculdades de Direito ou em outros espaços ocupados pelo campo jurídico, contribui, ainda que em *baby steps*, para que direito e tecnologia deixem de caminhar em descompasso tão latente quanto aquele que se vê hoje.

Nos currículos universitários, isso pode se verificar através de duas frentes: a inclusão

de disciplinas de Direito Digital nas matrizes curriculares e, paralelamente, pela discussão de temas de Direito Digital em outras disciplinas do curso – visto que diversas áreas do Direito merecem reflexões relacionadas à tecnologia (como disciplinas do campo Processual, de Direito Privado, dentre outras).

Destarte, assim como ocorreu com as questões referentes à seara consumerista, a compreensão social das questões que envolvem dados pessoais deve ser paulatinamente incorporada às discussões ocorridas no campo do ensino jurídico – de maneira interdisciplinar – e em outros espaços de diálogo comunitário. Ao se considerar a experiência de informação comunitária a respeito do Código de Defesa do Consumidor, podem ser incorporadas a utilização de cartilhas, palestras e uso das próprias mídias sociais com fins informativos, dentre outras possibilidades.

Percebe-se que a plena incorporação das ferramentas de proteção de dados pessoais oferecidas pela LGPD somente pode ser alcançada neste cenário de seu favorecimento cultural. Neste sentido, o fomento de uma cultura de proteção de dados pessoais no Brasil contribui para que outros aspectos do ambiente digital que são impactados por questões jurídicas (como a internet das coisas, *smart contracts*, *blockchain*, criptoativos, dentre outras possibilidades) sejam revelados e tratados com o enfrentamento técnico que merecem, sem ceticismos ou ingenuidades legislativas.

REFERÊNCIAS

BORELLI, Alessandra; ZAMPERLIN, Emelyn. “A importância da conscientização do tema privacidade e proteção de dados nas empresas.” **Data Protection Officer (Encarregado): teoria e prática de acordo com a LGPD e o GDPR**. Henrique Fabretti Moraes, Renato Opice Blum, Rony Vainzof (coord.). 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 363-386.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm Acesso em 09 fev. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm Acesso em 09 fev. 2021.

DONEDA, Danilo. **Da Privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GALVÃO, Helder. “Arranjos alternativos e o modelo *freebium*”. **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. Bruno Feigelson, Daniel Becker e

Giovani Ravagnani (coord.). 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 17-32.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. “Capítulo III – Dos Direitos do Titular”. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. Renato Opice Blum e Viviane Maldonado (coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 215-244.

SENRA, Gabriel Bagno Mascarenhas. “Automação de documentos jurídicos: transformando ameaças em oportunidades”. **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani (coord.). 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 171-188.

SUSSKIND, Richard. “Prefácio”. **O Advogado do amanhã: estudos em homenagem ao professor Richard Susskind**. Bruno Feigelson, Daniel Becker e Giovani Ravagnani (coord.). 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 07-16.

VAINZOF, Rony. “Capítulo I – Disposições Preliminares”. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. Renato Opice Blum e Viviane Maldonado (coord.). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 24-51.