

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 23 • Número 62 • janeiro/junho 2024

ISSN 2966-1420



ESMPU

# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 23 • Número 62 • janeiro/junho 2024  
ISSN 2966-1420  
Brasília-DF





## **República Federativa do Brasil**

### **Ministério Público da União**

Paulo Gustavo Gonet Branco  
*Procurador-Geral da República*

Hindenburg Chateaubriand Pereira Diniz Filho  
*Vice-Procurador-Geral da República*

### **Escola Superior do Ministério Público da União**

Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento  
*Diretora-Geral e Editora-Chefe*

### **Comitê de Política Editorial**

Manoel Jorge e Silva Neto  
*Diretor-Geral Adjunto e Subprocurador-Geral do Trabalho*

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen  
*Subprocuradora-Geral da República*

Antonio do Passo Cabral  
*Procurador da República*

Carlos Bruno Ferreira da Silva  
*Procurador da República*

Gisele Santos Fernandes Góes  
*Procuradora Regional do Trabalho*

Selma Pereira de Santana  
*Procuradora de Justiça Militar*

Kedyma Cristiane Almeida Silva  
*Promotora de Justiça*

## **Pareceristas**

Alessandra Lehmen

*Universidade de Caxias do Sul (UCS)*

Cláudia Taís Siqueira Cagliari

*Centro Universitário de Cascavel (Univel)*

Cláudio Smirne Diniz

*Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR)*

Cleucio Santos Nunes

*Universidade Católica de Brasília (UCB)*

Cristina Veloso de Castro

*Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)*

Elizete Lanzoni Alves

*Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina*

Galtiênio da Cruz Paulino

*Ministério Público Federal (MPF)*

Gilberto Stürmer

*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)*

Igor de Lucena Mascarenhas

*Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e Instituto Israelita de Ensino e Pesquisa Albert Einstein (IIEPAE)*

João Paulo Lordelo Guimarães Tavares

*Ministério Público Federal (MPF) e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)*

Marcelo Buzaglo Dantas

*Universidade do Vale do Itajaí (Univali)*

Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino

*Universidade Federal do Maranhão (UFMA)*

Mário Luiz Ramidoff

*Faculdade Pan-Americana de Administração e Direito (Fapad – Paraná)*

Osmir Antonio Globekner

*Ministério Público Federal (MPF) e Universidade Federal da Bahia (UFBA)*

Rafael Silveira e Silva

*Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)*

Saulo Cerqueira de Aguiar Soares

*Universidade Federal do Piauí (UFPI)*

Vinnie Mayana Lima Ramos

*Universidade de São Paulo (USP) e Universidad Nacional de Colombia (Unal – Bogotá)*

## **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**

<https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim>

**Direitos reservados.**

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as.

 **CC BY-NC 4.0**

Os textos estão sob Licença Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0.

É autorizada a reprodução total ou parcial para fins não comerciais, desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto.

**Secretaria de Ensino, Pesquisa e Extensão** *Renata Souza Mendes Salgueiro*

**Subsecretaria de Pesquisa, Pós-Graduação e Comunicação Científica** *Allana de Albuquerque Sousa Silva*

**Coordenadoria de Comunicação Científica** *Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa*

**Divisão de Editoração** *Davi Silva do Carmo*

**Núcleo de Preparação e Revisão Textual** *Sandra Maria Telles*

**Núcleo de Design Editorial** *Sheylise Rhoden*

**Preparação de originais e revisão de provas gráficas** *Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, José Ramos de Queiroz Neto e Lizandra Nunes*

**Capa e projeto gráfico** *Sheylise Rhoden*

**Diagramação** *Sheylise Rhoden e Natali Andrea Gomez Valenzuela*

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

**Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 23, n. 62, jan./jun. 2024

Semestral

ISSN on-line 2966-1420

ISSN impresso 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

### **Escola Superior do Ministério Público da União**

SGAS Quadra 603 Lote 22 · 70200-630 · Brasília-DF

[www.escola.mpu.mp.br](http://www.escola.mpu.mp.br) · [publicacao@escola.mpu.mp.br](mailto:publicacao@escola.mpu.mp.br)

# Editorial

A Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) disponibiliza à sociedade mais uma edição do Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União, que reúne um rico material para reflexões acerca de temas afetos à atuação institucional do Ministério Público brasileiro. É uma satisfação concluir mais este trabalho, que representa a dedicação de membros/as e servidores/as ao estudo acadêmico. Nesta edição, o/a leitor/a poderá conhecer, ou aprofundar seu conhecimento, acerca do Ministério Público Eleitoral. Os desafios dessa frente de atuação estão retratados em dois artigos, sendo um deles referente aos povos indígenas. Constitucionalmente protegidos pelo Ministério Público, os indígenas brasileiros, como outros povos tradicionais, acumulam avanços consideráveis em termos de organização, ao mesmo tempo que enfrentam obstáculos para exercerem a cidadania por meio da representatividade eleitoral.

Ainda em relação ao contexto eleitoral e ao papel do Ministério Público, esta edição traz reflexões teóricas acerca do dilema envolvendo a disseminação de informações falsas para processos eleitorais. Nos últimos anos, o tema tem mobilizado os atores institucionais responsáveis por garantir a lisura e a higidez das disputas e, ainda assim, segue como o desafio a ser vencido. A análise do artigo ora publicado centra-se nos riscos de eventual ação de um governo coercivo para restringir a liberdade de expressão em nome do combate à circulação de informações falsas.

O/a leitor/a desta edição do Boletim Científico ESMPU terá, ainda, a oportunidade de ampliar seus conhecimentos a respeito do papel do Judiciário na implementação de direitos fundamentais no Brasil, de forma especial para uma parcela da população tradicionalmente vulnerabilizada e invisibilizada pelo Estado: os/as encarcerados/as. O tema é tratado sob a ótica da propositura, da tramitação e do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF) 347 pelo Supremo Tribunal Federal. A Suprema Corte reconheceu a existência de violação em massa dos direitos fundamentais dos presos.

A publicação reúne, também, artigo sobre as consequências da plataforma do trabalho, uma realidade mundial com impactos na saúde, na autonomia e nos direitos de um número cada vez maior de trabalhadores. Outro estudo disponibilizado trata de aspectos relacionados ao federalismo cooperativo no Brasil, a partir do que foi verificado durante a pandemia de covid-19. O referencial para o estudo foi a atuação do Supremo Tribunal Federal naquela oportunidade no sentido de assegurar as competências e a responsabilidade de todos os entes e não apenas do chamado governo central.

Outros temas abordados nesta edição dizem respeito à Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), para a promoção da igualdade nas relações trabalhistas e o controle judicial de políticas voltadas à área da saúde, que é uma questão polêmica e envolve aspectos como o fenômeno da judicialização da saúde e os limites na alegação da reserva do possível, sobretudo em ações estruturantes em matéria de direitos fundamentais. Nossos/as leitores/as têm à sua disposição um vasto material, capaz de ampliar seus conhecimentos nos temas abordados, bem como aprimorar as respectivas atuações.

Boa leitura!

**Raquel Branquinho Pimenta Mamede Nascimento**

*Diretora-Geral e Editora-Chefe da ESMPU*

# Sumário

## O Ministério Público Eleitoral e os Povos Indígenas | 9

*The Electoral Public Prosecution Service and indigenous peoples*

*Marcelo Xavier da Silva*

## Responsabilidade reflexiva, igualdade política e o impacto das informações falsas no contexto político-eleitoral | 34

*Reflective responsibility, political equality and the impact of false information on electoral systems within the political context*

*Thiago da Silva Cabreira*

## A (in)efetividade dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira em tempos de estado de coisas inconstitucional | 56

*The (in)effectiveness of the fundamental rights of the Brazilian prison population in times of unconstitutional state of affairs*

*Pollyanna Melo Lins de Albuquerque*

## O fenômeno da plataformização do trabalho: um ensaio crítico sob o prisma da subordinação | 72

*The phenomenon of work platformisation: a critical essay from the perspective of subordination*

*Mateus Côrte Vitória e José Tadeu Neves Xavier*

## O Supremo Tribunal Federal e o federalismo cooperativo no enfrentamento à pandemia da covid-19 | 98

*The Federal Supreme Court and federalism facing covid-19 pandemic*

*Amanda Carolina Silva Vinci*

## A ratificação da Convenção n. 190 da OIT como instrumento de promoção da igualdade nas relações de trabalho | 119

*Ratification of ILO Convention no. 190 as an instrument to promote equality in labor relations*

*Luiza Fortes Molina Morelli e Brenno Augusto Freire Menezes*

## Controle judicial de políticas públicas: decisões dialógicas estruturantes e saúde pública | 137

*Judicial control of public policies: structural dialogical judicial decisions and public health*

*Leonardo Alves Rodrigues*

# O Ministério Público Eleitoral e os Povos Indígenas

## *The Electoral Public Prosecution Service and indigenous peoples*

Recebido em 19.10.2023 | Aprovado em 20.05.2024

*Marcelo Xavier da Silva*

Professor de Direito Eleitoral da Universidade Federal de Rondônia (Unir). Assessor-chefe da Procuradoria Regional Eleitoral em Rondônia (PRE-RO). Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça (DHJUS).

**Resumo:** Este artigo problematiza o papel do Ministério Público Eleitoral na defesa dos direitos políticos dos povos indígenas no contexto eleitoral, tendo por objetivo pesquisar sobre a atuação institucional do órgão, respeitados o protagonismo e a autonomia dos povos tradicionais, com vistas a assegurar o direito ao voto, a inclusão política e as candidaturas de pessoas indígenas. Para tanto, investiga a política integracionista a que foram submetidos os povos indígenas com base no regime de tutela estabelecido no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973) e identifica os entraves atuais enfrentados pelos povos indígenas nas eleições brasileiras. Em seguida, analisa a legislação aplicável ao Ministério Público Eleitoral na defesa dos direitos políticos dos povos tradicionais, a partir de uma leitura constitucional que consagra o direito fundamental à diferença sob a perspectiva jurídico-eleitoral. A abordagem metodológica empregada na pesquisa é a qualitativa, com a adoção dos procedimentos bibliográfico e documental.

**Palavras-chave:** Ministério Público Eleitoral; indígenas; eleições.

**Abstract:** This article problematizes the role of the Electoral Public Prosecution Service in defending the political rights of indigenous peoples in the electoral context, with the objective of researching the institutional

performance of the agency, respecting the protagonism and autonomy of traditional peoples, with a view to ensuring the right to vote, political inclusion and candidacies of indigenous people. To this end, it investigates the integrationist policy to which indigenous peoples were subjected based on the guardianship regime established in the Indian Statute (Law No. 6.001/1973) and identifies the current obstacles faced by indigenous peoples in Brazilian elections. It then analyzes the legislation applicable to the Electoral Public Prosecution Service in defending the political rights of traditional peoples, based on a constitutional reading that enshrines the fundamental right to difference from a legal-electoral perspective. The methodological approach used in the research is qualitative, with the adoption of bibliographic and documentary procedures.

**Keywords:** Electoral Public Prosecution Service; indigenous peoples; elections.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Condição indígena e a política indigenista no Brasil antes da Constituição de 1988. 3 Entraves enfrentados pelos indígenas para a efetiva participação nos processos eleitorais. 4 O Ministério Público Eleitoral e os povos indígenas na perspectiva do direito fundamental à diferença. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

Sabe-se que, no Brasil, os indígenas estão presentes em todas as regiões do País (IBGE, 2022) e que, entre os diferentes povos indígenas, há uma rica pluralidade étnico-cultural (Kayapó; Brito, 2015).

Em 2010, o censo do IBGE apontava a presença de 896.917 indígenas no Brasil, o correspondente a 0,47% do total de residentes no território nacional. Passados doze anos, o censo atual revela que a população indígena aumentou para 1.693.535, o que equivale a 0,83% da população brasileira.

Esses povos só tiveram seus direitos identitários, territoriais e culturais reconhecidos a partir da Constituição Federal de 1988, conquista que foi alcançada graças a um forte protagonismo político<sup>[1]</sup> junto aos trabalhos constituintes, conduzido por lideranças indígenas, a exemplo de Krahô (GO), Krenak (MG), Kayapó (PA/MT), Xavante (MT), entre outras.

Após a exitosa participação indígena no processo constituinte, que resultou na criação de dois artigos da Constituição de 1988 garantidores de direitos territoriais, sociais e culturais aos povos indígenas<sup>[2]</sup>, permaneceu a sub-representação política indígena, que, contudo, vem diminuindo nos tempos atuais, principalmente em razão da utilização da computação móvel e do uso e análise de *big data* pelos indígenas, ao que se denomina de net-ativismo ou ativismo digital indígena (Franco; Silva; Franco, 2021), o qual muito tem contribuído para a articulação nacional desses povos.

Sabe-se que, dentre as atribuições do Ministério Público Federal, destacam-se a função eleitoral e a de defender os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas.

No tocante aos direitos dos povos indígenas, os direitos políticos se enquadram como direitos humanos, e o regular exercício desses direitos permite aos povos tradicionais o direito de participação no debate público, com o enfrentamento da sub-representação nos espaços de poder.

Como dito, a participação política em sentido amplo vem sendo exercida pelos povos indígenas, principalmente com o uso da internet, que facilitou a articulação de diversos povos indígenas, lideranças e entidades indigenistas. O acampamento "Terra Livre"<sup>[3]</sup>, que ocorre todos os anos em Brasília-DF, é uma demonstração dessa articulação nacional e do ativismo político indígena.

Além do mais, a Medida Provisória n. 1.154, de 1º de janeiro de 2023, convertida na Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023, criou o Ministério dos Povos Indígenas. Ainda, na presidência da Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), houve a assunção de uma mulher indígena, Joenia Wapichana.

Todavia, a participação política em sentido estrito do indígena, consistente em votar e ser votado, ainda constitui um espaço onde surgem entraves. Objetiva-se identificar alguns desses problemas e refletir sobre como o Ministério Público Eleitoral pode atuar, a partir dos instrumentos legais de que dispõe, para minimizar esses danos, respeitados sempre a autonomia e o protagonismo indígenas como senhores do seu próprio destino.

Antes, porém, serão abordados o modo de vida dos povos indígenas e o contexto de discriminação e de racismo a que estão submetidos mesmo após a Constituição Federal de 1988, pois ainda há enraizada na sociedade em geral e nos órgãos de governo uma visão colonialista sobre o que é ser indígena no Brasil, especialmente quanto ao indígena em contexto urbano.

Por isso, o presente artigo é estruturado em três partes. A primeira, aborda a condição indígena, analisando-a a partir da visão integracionista prevista no Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973), em que o indígena era submetido a um regime de tutela estatal enquanto não fosse integrado à comunhão nacional.

A segunda parte aborda os entraves enfrentados pelos indígenas para a efetiva participação nos processos eleitorais, seja como eleitores/as, seja como candidatos/as. Esses entraves decorrem de décadas de invisibilidade social, cultural e política dos indígenas.

A terceira e última parte consiste na investigação sobre a atuação do Ministério Público Eleitoral junto aos povos tradicionais na defesa de seus direitos políticos nos processos eleitorais, a partir de uma leitura constitucional que consagra o direito fundamental à diferença.

## **2 Condição indígena e a política indigenista no Brasil antes da Constituição de 1988**

A Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973, conhecida como Estatuto do “Índio”<sup>[4]</sup>, adotou a política integracionista que foi conduzida pelo Estado brasileiro junto aos povos indígenas. Trata-se de uma política na qual a condição indígena era temporária. No integracionismo, o objetivo era promover a assimilação do indígena, de sua cultura, crenças e tradições à comunhão nacional.

Como leciona Edilson Vitorelli (2016, p. 25), há dois mundos muito distintos que dizem respeito à compreensão acerca da condição indígena. O primeiro deles é o baseado no Estatuto do Índio, que estabelecia visão hierarquizante segundo a qual “a condição indígena seria algo a ser harmoniosamente eliminado por intermédio da integração dos indígenas à comunhão nacional”.

Nesse sentido, o Estatuto do Índio, em seu art. 4º, prevê três categorias de indígenas: (I) a dos “índios” isolados; (II) a dos “índios” em vias de integração; e (III) a dos “índios” integrados<sup>[5]</sup>.

Essa lógica orientou a política indigenista conduzida pelo Estado brasileiro. Como afirmam Schonardie, Cipriano e Winkelmann (2022), as políticas indigenistas adotadas acabaram por desconsiderar as práticas e culturas dos diferentes povos indígenas que habitavam o território nacional. Para esses autores, as políticas indigenistas contribuíram muito pouco para a cidadania e emancipação dos povos indígenas.

O segundo mundo referido por Vitorelli (2016, p. 26) é o baseado na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documentos que ele considera inovadores, pois têm a autodeclaração como critério para a condição indígena. Sobre esta concepção, afirma o autor:

Ser índio não é uma condição transitória, a ser eliminada. Ser índio é uma identidade cultural a ser mantida. Isso não significa que o índio, para merecer essa designação, deva permanecer vivendo como vivia cinco séculos atrás. Se os brancos não vivem como viviam há cinco séculos, não faz sentido exigir isso dos índios. A cultura indígena é, como toda cultura, mutável e dinâmica.

Nesse segundo mundo, a condição indígena é definida pelo autorreconhecimento. É índio quem se reconhece como tal e é indígena a sociedade que se reconhece como tal. Não cabe a quem não pertence a uma comunidade rotulá-la como indígena ou não indígena, muito menos com base em elementos externos (Vitorelli, 2016, p. 26).

Vitorelli leciona que a Constituição Federal de 1988 figura no meio desses dois mundos, pois ela avançou em relação ao primeiro, mas ficou aquém do segundo. Explica que a atual Constituição brasileira ficou excessivamente centrada na questão das terras indígenas, dedicando-se pouco a outras questões relacionadas a esses povos, o que, na visão do autor, impediu que o primeiro mundo fosse totalmente afastado. Todavia, deve-se reconhecer o avanço verificado a partir dos dois artigos da Constituição Federal referentes aos indígenas, quais sejam, os arts. 231 e 232<sup>[6]</sup>, que constituem *direitos fundamentais* da pessoa humana indígena.

Não se quer afirmar que os arts. 231 e 232 da Constituição de 1988 criaram um regime de privilégios para os indígenas. Como qualquer outro brasileiro, o indígena faz jus a todos os direitos previstos na Constituição e na legislação infraconstitucional, como também deve submissão aos deveres legais a todos impostos. As normas dos artigos mencionados asseguram direitos especiais aos indígenas de *permanecerem indígenas*, preservando suas terras, crenças, tradições, organização social e costumes. Cabe destacar que, anteriormente à Constituição Federal, os indígenas não tinham plena capacidade civil, pois eram submetidos a um regime de tutela.

Sem dúvida, a Constituição de 1988 rompeu com o paradigma integracionista, o que deve impactar em uma necessária releitura de dispositivos do Estatuto do Índio, na jurisprudência dos tribunais e, conseqüentemente, na definição de políticas públicas aplicáveis aos povos indígenas.

Todavia, sabe-se que, em parcela da sociedade, nas máquinas administrativa, legislativa e judicial, persiste uma visão colonialista sobre o que é ser indígena. Indígena é quem assim se considera e como tal é reconhecido pelo coletivo indígena ao qual pertence. Estar na aldeia ou na cidade, usar celular ou dirigir automóvel são circunstâncias que não devem interferir na compreensão da condição indígena, afinal "a sociedade e a cultura, assim como a linguagem, mantêm sua distinção – sua 'identidade' –, *mas ela nunca é a 'mesma' por muito tempo, ela permanece pela mudança*" (Bauman, 2012, p. 43. Grifo no original).

Desse modo, quando o indígena se inscreve como eleitor ou deseja concorrer a um cargo eletivo, ele não deixa de ser indígena. É direito do indígena estar na aldeia ou na cidade, principalmente participar do debate público, lutando *sem intermediários* por seus direitos, combatendo a sub-representação política e denunciando casos de violação de suas terras, culturas etc.

Especificamente quanto à participação nos processos eleitorais, há alguns entraves que dificultam a efetiva presença indígena como eleitor ou como candidato. Esses entraves estão relacionados a uma concepção colonialista sobre os povos originários, vistos como aqueles que, para serem reconhecidos como indígenas, precisam estar "aldeados", entre outras visões coloniais que alimentam a invisibilidade, a discriminação e o racismo contra as pessoas indígenas.

### **3 Entraves enfrentados pelos indígenas para a efetiva participação nos processos eleitorais**

Como dito anteriormente, a participação política em sentido amplo dos povos indígenas tem crescido nos últimos anos. Entidades como a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (Apib) e lideranças indígenas com influência nas redes sociais realizam forte mobilização entre povos indígenas sobre as mais diversas temáticas, como o movimento Campanha Indígena, a luta contra o marco temporal, a advocacia indígena, o combate ao garimpo ilegal, a demarcação de terras etc.

Em 2023, foi criado o Ministério dos Povos Indígenas, presidido por uma mulher indígena, Sonia Guajajara. Por sua vez, a Funai encontra-se sob a liderança de outra mulher, Joenia Wapichana, a primeira indígena eleita deputada federal do Brasil, atualmente presidindo a Funai.

Todavia, em relação à participação política em sentido estrito, votar e ser votado, é preciso avançar muito mais, pois existem entraves para a efetiva participação indígena nas eleições, como: (I) a falta de apoio no âmbito intrapartidário, desde a pré-campanha, as convenções e o financiamento eleitoral; (II) a ausência de uma clara compreensão, pelos indígenas, sobre as etapas do processo eleitoral; e (III) o isolamento político do indígena, quando eleito, durante o mandato.

Mário Juruna foi o primeiro deputado federal indígena do Brasil, eleito em 1982. Juruna não foi reeleito para nenhum outro cargo político. Somente em 2018, passados mais de 30 anos, é que os indígenas voltaram a ocupar um novo mandato na Câmara Federal. Foi eleita, como referido, a primeira mulher indígena para o cargo de deputada federal, a indígena Joenia Wapichana, de Roraima.

Essa breve narrativa mostra como, não obstante a mobilização política dos indígenas tenha se fortalecido a partir dos anos 1980, a representatividade indígena no parlamento federal é muito pequena. Por isso, sem qualquer propósito de esgotar o assunto e de entrar em searas não jurídicas, propõe-se uma reflexão<sup>[7]</sup> sobre os entraves atuais que repercutem negativamente na efetiva participação política desses povos no contexto eleitoral.

De início, cite-se o silêncio normativo quanto aos indígenas em relação à contagem em dobro de votos prevista na Emenda Constitucional n. 111 para fins de distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC)<sup>[8]</sup>.

Menciona-se essa questão, pois, uma vez os indígenas sendo alcançados pela referida ação afirmativa, é preciso pensar que, embora a autodeclaração seja uma conquista e tenha resultado no aumento significativo da população indígena no mais recente censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2022), a base étnica do autodeclarado precisa ser reconhecida por coletivo indígena do qual diz fazer parte ou por entidades aptas a emprestar legitimidade política, evitando-se fraudes.

Essa preocupação se justifica na medida em que, ao apreciar a Consulta n. 0600222-07.2023.6.00.0000, o TSE decidiu que candidaturas indígenas registradas por partidos e federações partidárias passarão a contar com distribuição proporcional, nos mesmos moldes estabelecidos para as pessoas negras, de recursos financeiros oriundos do Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, denominado Fundo Partidário, e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), além de tempo gratuito de rádio e televisão (Brasil, 2023)<sup>[9]</sup>.

A consulta foi formulada pela deputada federal indígena Célia Xakriabá (Federação PSOL-Rede), resultando em mais uma conquista para o exercício dos direitos políticos das pessoas indígenas, na medida em que garante a promoção de uma política de incentivo às candidaturas indígenas no Brasil.

Em seu voto, o relator, ministro Nunes Marques, destacou que “o parâmetro adotado [...] para acesso às cotas inclusivas é o da declaração nos mesmos moldes do que estabelecido na Consulta n. 0600306-47/DF”, ressaltando que “eventuais desvirtuamentos podem e devem ser combatidos pelo Ministério Público Eleitoral e pelos próprios partidos políticos” (Brasil, 2023).

Assim, além das fraudes em candidaturas femininas, outro tema relevante à atuação do Ministério Público Eleitoral serão as possíveis fraudes nas candidaturas indígenas baseadas apenas em autodeclaração.

Sobre esse problema, cite-se Luís Roberto de Paula (2022, p. 65):

[...] é com certo incômodo que encontramos em diversas publicações que analisaram a participação indígenas nas eleições de 2022 uma insistência em colocar na mesma seara os somente autodeclarados indígenas junto ao TSE ao lado das candidaturas e dos mandatos com base étnica reconhecida e legitimidade política emprestada pela APIB.

Outro aspecto que precisa ser lembrado é o fato de que a legislação eleitoral é complexa mesmo para quem possui formação em Direito, tendo em vista a especialidade da matéria e sua constante alteração. Isso significa que, para a parcela de indígenas que não possuem experiência permanente com processo eleitoral, é muito difícil compreender o fluxo de uma eleição, suas etapas e formalidades, fato que pode comprometer sua adequada e regular participação no processo eleitoral, frustrando o deferimento do registro de candidatura ou, até mesmo, participações em eleições futuras, por problemas como ausência de prestação de contas.

Passar por um processo de filiação partidária e de convenção, ser candidato/a, compreender os limites da pré-campanha, gerir recursos públicos, contrair despesas, prestar contas, conduzir uma campanha digital, entre outras fases ou peculiaridades das eleições, é um desafio para o indígena que se lança na política. Não se quer aqui defender a relativização, para o indígena, dos deveres legais de candidato, mas é preciso pensar em ações prévias para levar a informação adequada ao indígena, com linguagem compreensível, inclusive em suas línguas naturais, de modo que esses povos sejam contemplados com o acesso à informação e possam entender as eleições e suas fases. Pensar nesse sentido fomenta ações de inclusão eleitoral, incluída a digital, que é fundamental para o aperfeiçoamento das democracias contemporâneas.

Essas ações, quando realizadas com caráter suprapartidário, podem ser conduzidas pelo Ministério Público Eleitoral, mormente diante da sua missão constitucional de defesa do regime democrático, a qual pressupõe a proteção e a efetiva participação dos direitos de minorias.

Frise-se que, desde a instauração dos regimes democráticos na América Latina, observou-se o aumento paulatino da participação política dos povos indígenas. Um estudo da ONU, desenvolvido pela

Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (Cepal)<sup>[10]</sup>, destaca a participação que os povos indígenas tiveram nos comitês cívicos da Guatemala e nas diversas expressões de organização política próprias dos povos ancestrais, como ocorre na Guatemala, México e outros países, com destaque para o Estado Plurinacional da Bolívia, onde as transformações do Estado se expressam também em governos indígenas em grande parte dos municípios do país (Cepal, 2015).

O estudo também contempla a formação de partidos políticos indígenas, como estabelecimento de formas alternativas de fazer política e gestão local, além dos casos de partidos que preveem cotas para pessoas indígenas e de alianças entre partidos nacionais com movimentos, plataformas e partidos políticos indígenas (Cepal, 2015), alternativas que poderiam ser transformadoras no Brasil, ainda que a longo prazo, pois fortaleceriam a participação das pessoas e povos indígenas na política, minimizando impactos negativos decorrentes da discriminação e da pouca experiência de parcela dos indígenas com a burocracia estatal.

Nesse contexto, o debate com os povos indígenas sobre candidaturas coletivas pode ser importante para a reflexão sobre a conveniência política de uma união de esforços entre comunidades tradicionais (indígenas, ribeirinhos, quilombolas etc.), de forma a não pulverizar candidaturas, possibilitando a concentração de votos e a conquista de mandatos, principalmente em eleições municipais.

Outra questão importante é o reconhecimento, pela Justiça Eleitoral, da condição indígena e do respeito à diferenciação social dos povos tradicionais, considerando, para tanto, as culturas, a organização social e as tradições das populações indígenas. É preciso levar aos tribunais eleitorais o debate sobre os povos indígenas a partir de uma necessária *filtragem constitucional*.

Entre as ações a serem desenvolvidas, é válido o fomento da discussão a respeito da necessidade de capacitação de magistrados/as eleitorais sobre os direitos dos povos indígenas, especialmente no tocante à diversidade cultural desses povos e seus reflexos no processo eleitoral.

Como afirma Manuela Carneiro da Cunha (2020, p. 137), “as culturas constituem para a humanidade um patrimônio de diversidade [...]”. Assim, a concepção sobre a diversidade cultural dos povos indígenas

deve compor a interpretação jurídica do caso concreto, a exemplo daquelas ações em que se discute a caracterização, ou não, de ilícitos como abuso de poder ou captação ilícita de sufrágio contra indígenas, sempre que o comportamento do eleitor ou candidato indígena resulte da manifestação natural de seus costumes ou de sua organização social.

Nesse contexto, cite-se o Recurso Especial n. 0000287-84.2012.6.16.0196, de relatoria do ministro Henrique Neves da Silva, em que se discutiu, no Tribunal Superior Eleitoral, suposta prática de abuso de poder político por um cacique, consubstanciada no direcionamento de votos da população indígena e dos professores da rede pública de ensino em benefício de candidato.

Naquela ocasião, o TSE entendeu inexistir abuso de poder político, pois, para a caracterização do abuso do poder político, era essencial demonstrar a participação, por ação ou omissão, de ocupante de cargo ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Frise-se que o papel tradicional do cacique, entre outros, compreende o de orientar politicamente os membros da comunidade sobre o que é melhor para o grupo, uma vez que o agir coletivamente, considerando os interesses de toda a comunidade, é próprio das culturas indígenas.

Outra dificuldade encontrada pelo indígena diz respeito à exigência, prevista no Código Eleitoral, de apresentação do certificado de quitação do serviço militar para o alistamento eleitoral<sup>[11]</sup> (Código Eleitoral, art. 44, inciso II).

Trata-se de um requisito cujo cumprimento implica a assimilação pelos indígenas de uma condição estranha às suas culturas e tradições, mas que tem sido exigida no âmbito da Justiça Eleitoral. Nesse sentido, cite-se julgado do TSE:

São aplicáveis aos *indígenas integrados*, reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, os termos da legislação especial (Estatuto do Índio), as exigências impostas para o alistamento eleitoral, inclusive de comprovação de quitação do serviço militar ou de cumprimento de prestação alternativa (Informativo TSE, 2001, grifo nosso).

Observe-se que, no ano de 2001, passados 13 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o TSE ainda aplicava a política

integracionista prevista no Estatuto do Índio, utilizando a classificação não recepcionada pela vigente ordem constitucional entre indígenas integrados, em vias de integração e isolados.

Nos tempos atuais, cabe registrar que o TSE passou a ter um olhar diferenciado para os povos indígenas, tendo criado uma Comissão de Promoção de Participação Indígena no Processo Eleitoral (Brasil, 2022), composta majoritariamente por indígenas, com o objetivo de elaborar estudos e projetos para promover e ampliar a participação de pessoas indígenas no processo eleitoral.

Ainda, possui uma Assessoria de Inclusão e Diversidade, atualmente chefiada por uma indígena, Samara Pataxó, e aprovou a Resolução TSE n. 23.724/2023, que estabelece normas gerais para a realização de concurso público para provimento de cargos efetivos dos quadros de pessoal da Justiça Eleitoral, prevendo reserva de vagas a pessoas indígenas candidatas, consistente em 3% das vagas de cada cargo oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargo efetivo.

Retornando aos entraves para a efetiva participação indígena nas eleições, cite-se a dificuldade do acesso ao cartório eleitoral e à biometria pelos indígenas. Logo, é salutar a ampliação, pelos Tribunais Regionais Eleitorais, de políticas que facilitem ao máximo o alistamento eleitoral realizado na própria terra indígena. Porém, é preciso que esta ação seja feita conjuntamente com outros órgãos responsáveis pela expedição de documentos necessários ao alistamento, tais como a certidão de nascimento, a identidade civil, o certificado de quitação militar, entre outros. Do contrário, não haverá efetividade na presença *exclusiva* da Justiça Eleitoral.

Sobre os avanços no reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas nos serviços cartorários, é preciso destacar que a Resolução TSE n. 23.659, de 26 de outubro de 2021, que dispõe sobre a gestão do cadastro eleitoral e os serviços eleitorais, prevê, em seu art. 13, que é "direito fundamental da pessoa indígena ter considerados, na prestação de serviços eleitorais, sua organização social, seus costumes e suas línguas, crenças e tradições".

Esse dispositivo, por exemplo, dispensa a fluência na língua portuguesa para fins de alistamento das pessoas indígenas, bem ainda a

comprovação do domicílio eleitoral quando o atendimento prestado pela Justiça Eleitoral ocorrer dentro das terras em que habita ou quando for notória a vinculação de sua comunidade ao território. Ainda, proíbe que, no tratamento de dados das pessoas indígenas, sejam feitas distinções entre “integradas” e “não integradas”, “aldeadas” e “não aldeadas”, ou qualquer outra que não seja autoatribuída pelos próprios grupos étnico-raciais.

No dia da eleição, por sua vez, a dificuldade de acesso do indígena ao local de votação é outro problema que não pode ser olvidado. Por isso, deve-se buscar assegurar, na maior plenitude possível, o acesso para que os indígenas, querendo, exerçam o direito ao voto em suas próprias terras.

Além da fiscalização nos territórios indígenas para combater a ação ilegal de compra de votos, de captação ilícita de sufrágio e também casos de abuso de poder, é fundamental a ampliação, tanto quanto viável, de urnas eletrônicas instaladas em aldeias localizadas em áreas remotas.

Por fim, quanto ao exercício do mandato conquistado, o isolamento parlamentar pode ser um problema para o indígena, seja para aprovar seus projetos, seja para criar uma base política visando à reeleição. Essa preocupação é externada por Luís Roberto de Paula (2022) que, em recente pesquisa, analisou e identificou candidaturas e mandatos conquistados por indígenas, material importante para viabilizar que entidades indigenistas realizem encontros para troca de experiências entre indígenas que já exerceram mandatos.

## **4 O Ministério Público Eleitoral e os povos indígenas na perspectiva do direito fundamental à diferença**

Nos termos do art. 72, *caput*, da Lei Complementar n. 75/1993, é competência do Ministério Público Federal “exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral”.

Assim, a função eleitoral é atribuição do Ministério Público Federal (MPF), sedimentada no princípio democrático (CF, art. 127). No exercício dessa função, o MPF atua perante o Tribunal Superior Eleitoral por meio

da Procuradoria-Geral Eleitoral (PGE) e, perante os Tribunais Regionais Eleitorais, através das Procuradorias Regionais Eleitorais (PREs).

Por sua vez, a função eleitoral perante os juízes e juntas eleitorais é delegada ao Ministério Público local, cabendo ao promotor eleitoral oficial junto ao juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona Eleitoral (LC n. 75/1993, arts. 78 e 79).

PGE, PREs e Promotorias Eleitorais compõem o Ministério Público Eleitoral, que é chefiado, nacionalmente, pelo procurador-geral Eleitoral<sup>[12]</sup> e, no âmbito dos Estados, pelo respectivo procurador regional Eleitoral, a quem cabe designar e coordenar os promotores Eleitorais.

Na Lei Complementar n. 75/1993, consta que cabe ao Ministério Público da União: (I) "a defesa dos direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas [...]" (art. 5º, inciso III, e); e (II) "defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas [...]" (art. 6º, inciso XI).

No mais, o art. 37, inciso II, da mesma lei complementar prevê que o Ministério Público Federal "exercerá suas funções [...] nas causas de competência de quaisquer juízes e tribunais, para defesa de direitos e interesses dos índios e das populações indígenas [...]"

Sob o aspecto constitucional, o art. 127, inciso V, da Constituição Federal de 1988 dispõe que, entre as funções institucionais do Ministério Público, está a de defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Por outro lado, a Convenção n. 169 da OIT, internacionalizada por meio do Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019<sup>[13]</sup>, anexo LXXII, assegura aos indígenas "gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação" (artigo 3º), prevendo que cabe aos governos (artigo 6º, n. 1, item "b"):

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; [...].

Ainda, como já mencionado, a Resolução TSE n. 23.659/2021 dispõe que "é direito fundamental da pessoa indígena ter considerados, na prestação de serviços eleitorais, sua organização social, seus costumes e suas línguas, crenças e tradições" (art. 13), prevendo, ainda:

Art. 13. [...]

§ 1º O disposto no *caput* não exclui a aplicação, às pessoas indígenas, das normas constitucionais, legais e regulamentares que impõem obrigações eleitorais e delimitam o exercício dos direitos políticos.

§ 2º No tratamento de dados das pessoas indígenas, não serão feitas distinções entre "integradas" e "não integradas", "aldeadas" e "não aldeadas", ou qualquer outra que não seja autoatribuída pelos próprios grupos étnico-raciais.

§ 3º Não se exigirá a fluência na língua portuguesa para fins de alistamento, assegurando-se a cidadãos e cidadãs indígenas, o uso de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

§ 4º A pessoa indígena ficará dispensada da comprovação do domicílio eleitoral quando o atendimento prestado pela Justiça Eleitoral ocorrer dentro dos limites das terras em que habita ou quando for notória a vinculação de sua comunidade a esse território.

§ 5º É assegurado à pessoa indígena indicar, no prazo estipulado pela Justiça Eleitoral para cada pleito, local de votação diverso daquele em que está sua seção de origem, no qual prefere exercer o voto, desde que dentro dos limites da circunscrição da eleição.

Observa-se, portanto, um forte arcabouço normativo que trata sobre as atribuições do Ministério Público na defesa dos direitos dos povos indígenas na esfera judicial e, principalmente, extrajudicial.

Destaque-se que a existência de uma função eleitoral implica a fiscalização do processo eleitoral pelo *Parquet*, o qual deve atuar na defesa dos interesses coletivos dos povos indígenas com vistas a assegurar a participação efetiva desses povos tradicionais nas eleições gerais e municipais, zelando pela defesa de seus direitos a partir de uma perspectiva constitucional, que respeite o direito à igualdade material e o direito fundamental à diferença (CF, art. 231).

Entre os compromissos do Ministério Público Eleitoral na defesa dos direitos políticos dos povos indígenas, cite-se a aproximação entre a instituição e as comunidades indígenas. É fundamental que os indígenas conheçam a existência da função eleitoral do Ministério Público e como a instituição pode agir e apoiar a defesa de seus interesses.

Portanto, a presença do membro do Ministério Público Eleitoral junto à comunidade indígena é crucial para uma atuação efetiva, sendo, também, uma oportunidade para compreender a *diversidade* desses povos e *consultá-los* sobre os reais problemas eleitorais que os afligem.

No âmbito judicial, destaque-se a atuação do Ministério Público na afirmação do direito fundamental à diferença, promovendo o debate processual sobre a interpretação das questões eleitorais indígenas a partir do respeito pelas tradições e costumes dos povos tradicionais.

Exemplo disso é a interpretação que resultou na admissibilidade de o indígena utilizar-se de indumentária e pintura corporal étnicas ou religiosas na fotografia apresentada para o seu registro de candidatura, entendimento sedimentado no art. 27, inciso II, d, da Resolução TSE n. 23.609/2019.

Outro exemplo foi o julgamento da Representação n. 0000030-29.2014.6.22.0000, ajuizada pela Procuradoria Regional Eleitoral em Rondônia junto ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE-RO), a qual foi julgada procedente, revogando-se dispositivo do Provimento da Corregedoria n. 02/2007 daquele tribunal, que fixava, com base no art. 44, inciso II, do Código Eleitoral, a quitação militar como requisito para o alistamento eleitoral de indígenas. Cite-se a ementa:

Representação. Provimento corregedoria regional eleitoral. Alistamento eleitoral. Índios integrados. Exigência de comprovante quitação do serviço militar. Restrição ao exercício da cidadania. Direito a organização social e preservação de seus costumes. Crenças e tradição. Revogação.

I - Vincular o direito ao alistamento eleitoral à apresentação de certificado de quitação do serviço militar, impondo obrigação estranha às tradições e cultura atinentes aos indivíduos pertencentes às comunidades indígenas, implicaria em grave restrição ao exercício da cidadania pelos índios.

II - Superada a questão de classificação dos índios quanto ao seu grau de integração à sociedade, como justificativa para deixar de se reconhecer os direitos e a capacidade dos povos indígenas em participar do processo eleitoral, deve-se resguardar o direito à organização social e à preservação de seus costumes, crenças e tradição, a teor do disposto no art. 231 da Constituição Federal, com o afastamento da exigência de certificado de quitação do serviço militar para o requerimento de alistamento eleitoral dos indígenas.

III - Representação julgada procedente para revogar o item 24.29 do Provimento da Corregedoria n. 02/2007 do Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. (BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Rondônia. Representação n. 3.029, Acórdão n. 359/2014. Relator: Des. Roosevelt Queiroz Costa. 16 dez. 2014).

Esse entendimento, todavia, foi superado pelo Tribunal Superior Eleitoral, que restabeleceu a exigência do certificado de quitação militar aos indígenas. Contudo, cabe destacar que o projeto do novo Código Eleitoral (Projeto de Lei Complementar n. 112/2021) traz a previsão de que, “no ano em que completam 19 (dezenove) anos, os alistados do sexo masculino deverão apresentar certificado de quitação militar, exceto quando se trate de indígenas” (art. 126, parágrafo único).

Não obstante a importância da atuação judicial do Ministério Público Eleitoral, seja como parte ou como *custos iuris*, sabe-se que muitas questões podem ser resolvidas na esfera extrajudicial. Nesse sentido, cite-se Paulo Thadeu Gomes da Silva (2021, p. 97-98):

O modo extrajudicial de atuar encontra seu campo mais fértil na esfera da tutela dos direitos coletivos, na qual o Ministério Público pode lançar mão, para compor litígios, de técnicas extraprocessuais de informação da tutela coletiva, tais quais o inquérito civil, o requerimento de certidões e informações e a audiência pública, e de técnicas extraprocessuais de criação e concretização do direito da tutela coletiva, como a recomendação, o compromisso de ajustamento de conduta e o acordo coletivo firmado por legitimados de natureza privada.

Age, também, como que um desprocessualizador de questões envolvendo direitos fundamentais e, em especial, os direitos indígenas.

Embora o art. 105-A da Lei n. 9.504/1997 disponha que não são aplicáveis os procedimentos previstos na Lei n. 7.347/1985 (Lei da

Ação Civil Pública), pode o Ministério Público Eleitoral instaurar Procedimento Administrativo (PA) para acompanhar o processo eleitoral e viabilizar a consecução de sua atividade-fim. Pode, ainda, autuar Procedimento Preparatório Eleitoral (PPE) nas hipóteses em que existir necessidade de apurar, em casos concretos, ilícitos eleitorais não criminais.

Frise-se que o Ministério Público expede "recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover" e, ao fazê-lo, fixa prazo razoável para as providências cabíveis (LC n. 75, art. 6º, inciso XX), sendo tal instrumento apto a prevenir ilícitos eleitorais quando direcionados, previamente ao processo eleitoral, a órgãos do governo, partidos políticos e entidades privadas.

Além do mais, o Ministério Público Eleitoral pode fomentar ações educativas que promovam o acesso dos povos indígenas à informação sobre direitos e deveres no processo eleitoral, inclusive com a realização de oficinas ou a produção de cartilha, em português e nas línguas naturais indígenas, sobre o papel do Ministério Público e os principais direitos e deveres de eleitores e de candidatos.

Ainda, nos Procedimentos Administrativos, podem ser solicitadas informações da Justiça Eleitoral sobre o alistamento eleitoral de indígenas, bem ainda sobre o planejamento e logística para instalação de urnas eletrônicas nas terras indígenas no dia das eleições, entre outros temas que dizem respeito à efetividade da inclusão das pessoas indígenas no processo eleitoral.

Para tanto, pode ser necessário realizar um levantamento atualizado nas terras indígenas sobre quantidade de eleitores ou de pessoas aptas a votar, com a compreensão da distância territorial e das adversidades de acesso entre comunidades indígenas próximas, a fim de realizar um planejamento que contemple e favoreça, efetivamente, o maior número de indígenas.

Outro aspecto relevante é que partidos e candidatos fomentem, na Justiça Eleitoral, o uso da língua natural indígena na propaganda eleitoral, propiciando aos povos indígenas o acesso às propostas dos candidatos, sob a perspectiva de que a propaganda eleitoral também

constitui direito do eleitor para que possa exercer, livremente, o direito de sufrágio de forma esclarecida e consciente.

Sobre o assunto, este autor, juntamente com Aparecida Zuin e Luciana Panke, publicou o artigo intitulado "A função social da língua natural indígena: de sujeitos eleitores a atores sociais no processo eleitoral", destacando-se:

Frise-se que a proposta de se estimular o uso da língua natural indígena não gera qualquer prejuízo ao processo eleitoral. Do contrário, amplia a efetividade da propaganda eleitoral, que poderá alcançar grupos tradicionais que têm mais dificuldades de acesso ao debate político, inclusive porque, em muitas aldeias, o acesso aos meios de comunicação é limitado, cenário que compromete, inclusive, o combate a notícias falsas no âmbito da comunidade indígena (Zuin; Panke; Silva, 2022, p. 47).

Não se pretendeu abordar todas as possibilidades de ações do Ministério Público Eleitoral ligadas aos povos indígenas. A uma, porque cada caso concreto tem suas peculiaridades, que exigem dinâmicas próprias, e a duas, porque o presente artigo busca fomentar a reflexão sobre a importância da temática indígena no campo das atribuições do Ministério Público Eleitoral brasileiro, a quem cabe criar um diálogo direto com as populações indígenas para compreender os modos de vida e diversidade desses povos, identificando suas reais dificuldades.

## 5 Conclusão

A política sempre esteve presente na realidade dos povos indígenas. Nos dias atuais, porém, a internet possibilitou a ampliação dessa participação a partir de uma atuação articulada entre os diferentes coletivos indígenas, entidades indigenistas e lideranças indígenas.

Contudo, persistem entraves para a participação efetiva dos indígenas no processo eleitoral propriamente dito e, nesse aspecto, considerando a atuação do Ministério Público na defesa dos povos indígenas e do regime democrático, este estudo propôs discutir o papel do *Parquet* eleitoral a fim de: (I) ver reconhecido, nas ações judiciais eleitorais e em políticas públicas, o direito fundamental à diferença previsto no art. 231 da Constituição de 1988; e (II) efetivar e ampliar os compromissos

de inclusão dos povos indígenas no processo de alistamento eleitoral e nas eleições, incluindo o acesso a recursos públicos e o tempo de rádio e televisão na propaganda eleitoral.

É preciso destacar que os povos indígenas exercem o seu protagonismo e são senhores do seu destino, porém a atuação paralela do Ministério Público Eleitoral não pode ser olvidada.

Entre as atribuições do Ministério Público, frise-se a atuação extrajudicial na defesa dos interesses coletivos dos povos indígenas, destacando a instauração de procedimentos eleitorais para solicitar informações, requisitar documentos e expedir recomendações que proporcionem uma melhor fiscalização na defesa dos direitos dos povos tradicionais no contexto das eleições.

Desse modo, na atuação do Ministério Público Eleitoral, é salutar a promoção de intervenções direcionadas à efetividade da Constituição Federal de 1988 e da Convenção n. 169 da OIT.

Com efeito, conduzir esse debate, processual e extraprocessualmente, na Justiça Eleitoral e no próprio *Parquet*, nas comunidades indígenas e junto a outros atores do processo eleitoral, como os partidos políticos, é um importante passo para afirmar o reconhecimento dos direitos das pessoas indígenas a partir da perspectiva constitucional da igualdade material e do direito fundamental à diferença.

## Referências

APIB – ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Revista Acampamento Terra Livre**. [S. l.]: APIB; Flacso Brasil, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/mtdmbaw9>. Acesso em: 30 abr. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

BRASIL. Decreto n. 10.088, de 5 de novembro de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, n. 215, p. 12, 6 nov. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7ue7uz>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, entre outros. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, n. 115, p. 7, 20 jun. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr33ycud>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, p. 6746, 19 jul. 1965. Disponível em: <https://tinyurl.com/pueajerx>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, p. 13177, 21 dez. 1973. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n88xkzj>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, ano 135, n. 189, p. 21801, 1º out. 1997. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrxs9nr6>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 0600222-07.2023.6.00.0000**. Relator: Min. Nunes Marques. Consulente: Célia Nunes Correa. Brasília, 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Portaria n. 367, de 12 de abril de 2022. Institui a Comissão de Promoção de Participação Indígena no Processo Eleitoral. **DJe-TSE**, n. 68, p. 164-165, 19 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE n. 23.609, de 18 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a escolha e o registro de candidatas e candidatos para as eleições. Brasília: TSE, 18 dez. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/8uetpzkh>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE n. 23.659, de 26 de outubro de 2021**. Dispõe sobre a gestão do Cadastro Eleitoral e sobre os serviços eleitorais que lhe são correlatos. Brasília: TSE, 26 out. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/43pnm54h>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE n. 23.724, de 10 de outubro de 2023**. Estabelece as normas gerais para a realização de concurso público para provimento de cargos efetivos dos Quadros de Pessoal da Justiça Eleitoral. Brasília: TSE, 10 out. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/mubzbvu3>. Acesso em: 7 maio 2024.

CEPAL – COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E CARIBE. **Os povos indígenas na América Latina**: avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Santiago-Chile:

Cepal, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/j2bfzshr>. Acesso em: 20 maio 2024.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2020.

FRANCO, Thiago; SILVA, Marcelo Rodrigo da; FRANCO, Taynnara R. de Oliveira. O net-ativismo ameríndio brasileiro em período pandêmico. In: CONGRESSO CIENTÍFICO DE COMUNICAÇÃO ORGANIZACIONAL E DE RELAÇÕES PÚBLICAS, 15., 2021. **Anais [...]**. São Paulo: Abracorp, 2021.

GUIMARÃES, Ulysses. Íntegra do discurso do presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. **Portal da Câmara**, Brasília, 6 nov. 2006.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2022**: indígenas – primeiros resultados do universo. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrrx2283>. Acesso em: 16 out. 2023.

INFORMATIVO TSE. Resolução n. 20.806, de 15.5.2001. Processo Administrativo n. 18.391/AP. Relator: Min. Garcia Vieira. **DJ** 24 ago. 2001. Brasília: TSE, 2001.

KAYAPÓ, Edson; BRITO, Tamires. A pluralidade étnico-cultural indígena no Brasil: o que a escola tem a ver com isso? **Mneme**: Revista Humanidades, Natal, v. 15, n. 35, p. 38-68, out. 2015.

PAULA, Luis Roberto de. “Jogando com as identidades”: um perfil multidimensional das candidaturas e dos mandatos indígenas conquistados nas eleições de 2018 e 2022 e uma tipologia de modalidades de legitimidade indígena na arena político-partidária nacional. In: VERDUM, Ricardo; PAULA, Luis Roberto de; LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Participação indígena em eleições**: desafios técnicos e políticos no processo eleitoral brasileiro de 2022. Rio de Janeiro: Mórula, 2022.

SCHONARDIE, Elenise Felzke; CIPRIANO, Mauro; WINKELMANN, Régis Natan. A política indigenista brasileira, cidadania e direitos humanos em conflito: a terra indígena Inhacorá. **Revista Direito em Debate**, Ijuí, v. 31, n. 57, p. 1-16, jan./jun. 2022.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os direitos dos índios**: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do índio**: Lei n. 6.001/1973. 3. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira; PANKE, Luciana; SILVA, Marcelo Xavier da. A função social da língua natural indígena: de sujeitos eleitores a atores sociais no processo eleitoral. In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Sistematização das normas eleitorais**: eixo temático III: propaganda eleitoral e correlatos. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2022. (Coleção SNE. Fase II; v. 4). p. 21-52. Disponível em: <https://tinyurl.com/bde88ptx>. Acesso em: 8 abr. 2024.

## Notas

[1] “Há, portanto, representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, *de índios*, de posseiros, de empresários, de estudantes, de aposentados, de servidores civis e militares, atestando a contemporaneidade e autenticidade social do texto que ora passa a vigorar.” (Guimarães, 2006).

[2] “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. [...]”

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

[3] “O Acampamento Terra Livre (ATL), a maior Assembleia dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil, acontece desde 2004, por regra todo mês abril e em Brasília-DF, e excepcionalmente em outro mês e outra unidade da Federação, a depender da análise [da] conjuntura nacional e da situação dos direitos indígenas e das deliberações dos dirigentes e das organizações de base do movimento indígena. [...]” (APIB, 2022).

[4] Cabe destacar que é incorreto o uso da palavra “índio” para referir-se às pessoas indígenas. A denominação “índio” foi dada pelos portugueses que chegaram ao Brasil pensando que estavam na Índia. Como aponta a Associação Indigenista de Maringá (Assindi), essa palavra representa uma ficção que foi projetada na mente dos brasileiros pelo sistema oficial de ensino, mas que é carregada de estereótipos preconceituosos e não diz quem realmente são os povos indígenas. No mesmo sentido, devem ser evitadas denominações como “tribo”, “silvícolas”, “día do índio”, “não civilizados”, “integrados” etc.

[5] “Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.”

[6] “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

[7] São reflexões que têm por base a experiência deste articulista de anos de trabalho em uma Procuradoria Regional Eleitoral e como pesquisador, de mestrado e de doutorado, sobre direitos políticos indígenas. Não substituem, porém, aquelas que têm origem no próprio movimento indígena.

[8] “Art. 2º Para fins de distribuição entre os partidos políticos dos recursos do fundo partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), os votos dados a candidatas mulheres ou a candidatos negros para a Câmara dos Deputados nas eleições realizadas de 2022 a 2030 serão contados em dobro.”

[9] Acórdão de 27.2.2024, com disponibilização no *Dje* 22.3.24 e publicação 25.3.2024.

[10] O estudo foi realizado para responder a um pedido do Fórum Permanente para as Questões Indígenas das Nações Unidas (UNPFII) e do Enlace Continental de Mulheres Indígenas das Américas (ECMIA).

[11] “Art. 44. O requerimento, acompanhado de 3 (três) retratos, será instruído com um dos seguintes documentos, que não poderão ser supridos mediante justificação:

[...]

II - certificado de quitação do serviço militar;”

[12] Lei Complementar n. 75/1993: “Art. 73. O Procurador-Geral Eleitoral é o Procurador-Geral da República”.

[13] Revogou o Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, que promulgou a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais.

# Responsabilidade reflexiva, igualdade política e o impacto das informações falsas no contexto político-eleitoral

## *Reflective responsibility, political equality and the impact of false information on electoral systems within the political context*

Recebido em 19.10.2023 | Aprovado em 15.05.2024

*Thiago da Silva Cabreira*

Assessor-Chefe na Procuradoria da República no Rio de Janeiro – Ministério Público Federal (PRRJ-MPF). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-Minas).

**Resumo:** Considerando o avanço tecnológico experimentado nas últimas décadas e seus profundos impactos na forma como a sociedade compartilha informações, este estudo busca responder a seguinte questão norteadora: em que medida e sob quais parâmetros o Estado pode regular, legitimamente, a disseminação de informações falsas promovida por meio de estruturas organizadas e financiadas por agentes inseridos no contexto político, com a estrita finalidade de auferir vantagens eleitorais? A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa é de natureza básica estratégica, sendo o procedimento investigativo subsidiado exclusivamente por fontes bibliográficas. O referencial teórico da pesquisa, por meio do qual são interpretados os dados apreendidos, é a tese da unidade do valor, pela ótica de Ronald Dworkin. Em sede de considerações finais, o estudo sustenta – com base na relação entre os valores da liberdade, da igualdade e da democracia, bem como nas condições de legitimidade que devem ser observadas por um governo coercitivo justo – que a restrição da liberdade de expressão no âmbito do discurso político, ainda que contaminado por informações falsas, viola a dignidade de todos os membros de uma comunidade que aceite, de maneira integrada e coerente, a densificação proposta pelos valores da moralidade política.

**Palavras-chave:** igual respeito e consideração; legitimidade democrática; direito e moral; liberdade de expressão; dignidade humana; notícias falsas.

**Abstract:** Considering the technological innovations of the last few decades and their impacts on how society shares information, this study seeks to answer the following guiding question: To what degree and within which parameters can the government legitimately control the spread of false information, advanced through structures organized and funded by political actors, specifically for the purpose of gaining electoral advantages? The methodology employed in this research is fundamentally strategic, with the investigative process being exclusively supported by bibliographical sources. The theoretical framework for the research, through which the data is interpreted, is the thesis of the unity of value, developed by Ronald Dworkin. In its final considerations, the paper argues, based on the relation between the values of freedom, equality and democracy, as well as the conditions of legitimacy that must be observed by a just coercive government, that the restriction of freedom of expression in the context of political discourse, even if contaminated by false information, violates the dignity, through the prism of authenticity and self-respect, of all members of a community that accepts, in an integrated and coherent manner, the proposed interpretation of the values of political morality.

**Keywords:** equal concern and respect; democratic legitimacy; law and morality; freedom of expression; human dignity; fake news.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O direito humano básico. 3 Legitimidade: entre a dignidade e a democracia. 4 Democracia e controle. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

Não obstante os benefícios resultantes da revolução tecnológica contemporânea, incluindo novas formas de comunicação e maior rapidez no compartilhamento de informações, é impossível ignorar que, nesta primeira quadra do século XXI, uma série de desafios também se intensificou. Dentre os mais pujantes se destacam o aumento das bolhas de informação e o crescimento no número de tribos virtuais.

Nessa linha, Michiko Kakutani (2018) indica que as modernas plataformas de comunicação forneceram aos agentes inseridos no contexto político novas formas de se relacionar com o cidadão, seja para difundir suas metas coletivas, seja para distorcer a realidade.

Em que pese a amplitude dessas transformações e das dificuldades associadas, este artigo busca se debruçar em questões como a densificação da ideia de dignidade humana, as condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo e a relação entre democracia, igualdade, liberdade de expressão e disseminação de informações falsas.

Ao perpassar por esses temas, o estudo pretende verificar a hipótese de que a regulação, pelo Estado, da disseminação de informações falsas promovida por meio de estruturas organizadas e financiadas por agentes inseridos no contexto político, com a estrita finalidade de auferir vantagens eleitorais, seria ilegítima, na medida em que viola a dignidade dos cidadãos e os princípios básicos de uma democracia coparticipativa, devendo a questão ser solucionada por formas alternativas, como a refutação pública dos dados ou a declaração de sua falsidade.

O desenvolvimento desta pesquisa decorre, portanto, da necessidade de identificar parâmetros de legitimidade para atos de um governo coercitivo que se diga justo – buscando fomentar o debate acadêmico acerca da regulação de notícias falsas no contexto político-eleitoral – e de fundamentar a liberdade de expressão, considerando também os riscos democráticos envolvidos em qualquer forma de censura.

Para tanto, este artigo divide-se em três seções. Em um primeiro momento, busca-se densificar a ideia de dignidade humana, identificando os reflexos de sua transposição do campo da ética para a moral. Em seguida, o estudo objetiva caracterizar as condições de legitimidade de um governo coercitivo que possa ser integrado à dignidade dos membros da comunidade política. Por fim, com base em todo arcabouço teórico delineado, busca-se analisar o direito à liberdade de expressão em cotejo com a disseminação de informações falsas, no âmbito do processo eleitoral levado a cabo em uma comunidade democrática.

## **2 O direito humano básico**

Para que se possa vislumbrar a integração entre a dignidade dos indivíduos que compõem uma comunidade política e um regime democrático justo, é preciso tecer breves comentários acerca da origem de uma concepção atraente de dignidade humana, a partir da distinção entre ética e moral.

O ponto de partida para essa distinção encontra fundamento teórico na finalidade holística de um empreendimento que possa servir de norte à interpretação de nossas obrigações, deveres e responsabilidades perante a comunidade de indivíduos, assim como uma concepção de moralidade que possa contribuir para a construção coerente do bem viver, em uma relação de bilateralidade<sup>[1]</sup> (Dworkin, 2011, p. 193).

Seguindo essa premissa, pode-se falar na existência de dois planos da dimensão do valor. Em um primeiro plano, situam-se os juízos acerca de como as pessoas devem buscar uma concepção de viver bem, alinhando-a ao valor objetivo de suas vidas. Trata-se do *plano da ética*, de onde se origina a dignidade do indivíduo, ideia que aglutina princípios largamente compartilhados em uma única descrição geral (Dworkin, 2011, p. 205). O segundo plano da dimensão de valor é a *moral pessoal*, a ser tratada mais adiante.

Com efeito, a partir do imperativo categórico de que “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade” (Kant, 2011, p. 72, grifos no original), Ronald Dworkin dá início à construção de uma concepção objetiva e funcional da dignidade humana, ancorada na responsabilidade ética do indivíduo, consubstanciada na busca pelo viver bem.

Nessa toada, as pessoas devem atribuir valor e significado à vida pela forma como são executadas as realizações pessoais durante esse grande projeto. Trata-se de uma responsabilidade ética fundamental do Ser, um verdadeiro encargo que deriva de sua natureza racional e de sua existência como um fim.

Dois princípios estruturantes podem ser extraídos dessa ideia de responsabilidade ética fundamental. O primeiro princípio, descrito por Ronald Dworkin (2011, p. 203) como o *respeito por si mesmo*, encontra fundamento no valor intrínseco do Ser, prescrevendo “uma atitude que os indivíduos devem ter em relação à própria vida” (Dworkin, 2011, p. 205, tradução nossa).

*Assim, pode-se afirmar que o respeito por si mesmo estabelece que cada pessoa deve levar sua vida a sério, aceitando a importância objetiva de realizar, vislumbrar e atribuir um valor à vida, considerando-a não como um mero infortúnio, mas como um projeto em que os atos, de maneira geral, devem ser executados de forma bem-sucedida.*

O segundo princípio, também vinculado à responsabilidade ética fundamental do indivíduo, prescreve que as pessoas devem agir com *autenticidade*. Seria dizer: os indivíduos têm a responsabilidade especial de atribuir valor à vida a partir de expressões adequadas e coerentes com o conjunto de ideais normativos pessoais, em cotejo com o contexto em que estão inseridas no mundo dos fatos, aceitando os riscos e consequências decorrentes de suas decisões, desde que tomadas de forma *responsável e independente*.

Nessa esteira, uma tomada de decisão responsável implicaria a realização de um exercício de autorreflexão crítica acerca do ato ou fato, ponderando essa ação com os valores ou objetivos que evidenciam a independência das escolhas dentro de um projeto individual de viver bem<sup>[2]</sup>.

Essa individualização do imperativo de controle das decisões, integrada à dignidade do ser humano, permite o desenvolvimento de um sistema de responsabilidade baseado na capacidade<sup>[3]</sup> do indivíduo de formar crenças verdadeiras e de compatibilizar essa percepção acerca do mundo com seus padrões normativos individuais (Dworkin, 2011, p. 226).

Dessa responsabilidade moderada por meio do *controle pela capacidade*, associada à independência ética, decorre a exigência de que a formulação de crenças reais e coerentes relacionadas aos fatos e eventos que ocorrem no mundo seja feita pelo próprio indivíduo, no exercício de sua capacidade epistêmica mínima, ou seja, de uma capacidade de interpretar os eventos no mundo dos fatos sem que haja a incidência de coações externas que possam, de alguma forma, interditar a análise dos elementos percebidos<sup>[4]</sup>.

Uma *segunda capacidade, de caráter regulatório*, incide sobre a percepção real e coerente que os indivíduos têm dos fatos. Essa segunda capacidade prescreve que as pessoas devem compatibilizar os elementos percebidos ao conjunto de juízos éticos, portanto normativos, para, a partir disso, tomar verdadeiras decisões<sup>[5]</sup>.

Assim, pode-se afirmar que o indivíduo, ao iniciar um processo de tomada de decisão visando a escolha de um membro de sua comunidade para representá-lo politicamente, realiza um exercício intelectual de colheita de elementos do mundo dos fatos e de análise desses elementos em cotejo com seu padrão normativo pessoal<sup>[6]</sup>. Para que essa

escolha seja coerente com sua responsabilidade ética fundamental, as informações acerca do mundo dos fatos devem ser verdadeiras, e a decisão deve ser isenta de *coações externas extremas*<sup>[7]</sup>.

Considerando que outras pessoas podem interferir nesse exercício, vislumbra-se que a justificação do imperativo da capacidade pode ser transportada do campo da ética para a *moral pessoal*, ou seja, para o *segundo plano* dentro da dimensão do valor, em que se encontram os juízos relacionados aos deveres que cada indivíduo, isoladamente considerado, tem perante outras pessoas.

Contudo, nesse outro plano, sua funcionalidade é transmutada, dando origem a um parâmetro para aferir os limites para imposição de obrigações, sanções e de reconhecimento da responsabilidade do outro (Dworkin, 2011, p. 246).

É nesse contexto que surge uma chave para *integração dos planos da ética e da moral*<sup>[8]</sup>. De fato, a partir da interpretação do princípio do respeito por si próprio, primeiro componente normativo da dignidade (Dworkin, 2011, p. 255), pelo prisma kantiano da objetividade do valor do Ser, torna-se possível extrair uma ideia moral preliminar: *o adequado respeito por si mesmo acarreta a responsabilidade moral de respeitar, em um mesmo grau, os demais indivíduos*.

Assim, reconhecer a dignidade do outro, com todos os desdobramentos inerentes a essa postura, implica, também, respeitar a responsabilidade reflexiva de cada indivíduo, haja vista que, se todas as vidas têm valor objetivo, os parâmetros de reconhecimento da dignidade não podem ser distintos entre as pessoas.

Com efeito, essa responsabilidade moral se desdobra em diversos desafios impostos às relações interpessoais, sendo certo que tais relações podem ser divididas entre performativas, ou seja, decorrentes de atos isolados e voluntários, como a promessa, por exemplo; ou *relações associativas familiares e políticas*.

No que toca especialmente ao objeto deste estudo, é possível afirmar que do campo das relações associativas derivam as obrigações políticas, que têm a forma mais contingente de determinação sobre os membros da sociedade, essencialmente por derivarem de processos eleitorais e do voto (Dworkin, 2011, p. 302).

De fato, a coletividade, ao instituir obrigações, *deve possibilitar a todos os cidadãos a oportunidade de participar do procedimento de tomada de decisão pública*, haja vista que as obrigações e atos de um governo coercitivo justo vinculam, em regra, todos os membros da comunidade. Essas obrigações devem estar integradas à dignidade desses indivíduos, tanto no que toca à demonstração de igual respeito pela vida de todos quanto de igual consideração pelo destino de cada cidadão.

Na linha argumentativa deste estudo, o reflexo mais especial da dignidade no campo da moral política é sua atuação como um manto protetor de eventual ingerência, da coletividade organizada, sobre as decisões individuais vinculadas ao viver bem.

A dignidade, contudo, não blinda todo o controle coercitivo relacionado às questões de valor, especialmente no que toca à justiça e à moral, de modo que o indivíduo tem o dever, decorrente de sua obrigação política, de obedecer aos atos emanados do governo, desde que seja garantida sua *efetiva participação* nas decisões públicas que exercem esse controle social<sup>[9]</sup>, bem como que esses atos satisfaçam as condições de *legitimidade* de um governo considerado justo.

A legitimidade em um governo é, nessa esteira, o ponto nevrálgico na equalização entre a vontade da coletividade e a dignidade de cada indivíduo, na medida em que constitui a própria institucionalização de balizas derivadas da passagem do plano ético para a moral pessoal e política, dentro da dimensão do valor.

Assim, é necessário caracterizar as condições de legitimidade de um governo coercitivo que possa ser integrado à dignidade dos membros da comunidade política, buscando, ao fim e ao cabo, analisar em que medida e sob quais parâmetros o Estado pode regular a disseminação de informações falsas, promovida por meio de estruturas organizadas e financiadas por agentes inseridos no contexto político, com a estrita finalidade de auferir vantagens eleitorais.

### **3 Legitimidade: entre a dignidade e a democracia**

Esse breve esboço axiológico da dignidade, dentro do contexto da integração entre os planos da ética e da moral, é um pressuposto

inafastável a qualquer análise acerca da legitimidade de um governo coercitivo, seja na dimensão da ascensão de determinados indivíduos ao Poder, seja no âmbito dos atos de manutenção da ordem constitucionalmente instituída.

Com efeito, em algum grau, o governo coercitivo é essencial à dignidade do indivíduo, na medida em que proporciona a base para a ordenação da conduta humana, condição necessária à relação bilateral e interdependente da estruturação do viver bem e de seu reflexo no plano da responsabilidade moral política. Contudo, Ronald Dworkin alerta para dois cenários estruturais que poderiam solapar a dignidade do indivíduo.

Nessa toada, se, por um lado, alguns membros da comunidade, insertos no cenário da política ordinária, exercerem um poder regulatório imenso sobre outros indivíduos – a exemplo do que ocorre com os governos autoritários –, alterando drasticamente os parâmetros de reflexão desses cidadãos acerca da compreensão dos eventos e fatos no mundo, haverá uma aniquilação da própria capacidade epistêmica do Ser, resultando na violação de sua responsabilidade ética fundamental; por outro lado, a ausência total do Estado implicaria o fim das obrigações políticas decorrentes da associação entre concidadãos, não restando parâmetros ou instituições incumbidas do exercício do poder coercitivo com vistas ao condicionamento dos atos dos indivíduos, isoladamente considerados ou mesmo quando entendidos como uma coletividade.

Esse segundo cenário implicaria a liberdade moral<sup>[10]</sup> de todos os membros da comunidade, na medida em que seria possível a descon sideração, pelo indivíduo, das decisões coletivas ou individuais alheias. Haveria, dessa forma, uma ausência de responsabilidade que, na esteira da integração dos planos da moral e da ética, culminaria com a violação da própria busca do bem viver.

Considerando a possibilidade da ocorrência desses dois cenários – e sendo um governo coercitivo essencial à estruturação do viver bem –, Ronald Dworkin (2008; 2011) aduz que, para ser legítimo, o poder coercitivo deve ser exercido por meio de atos que demonstrem um esforço em favor da concretização da “dignidade plena de cada um de seus cidadãos, ainda que siga uma concepção defeituosa das exigências dessa dignidade” (Dworkin, 2011, p. 322, tradução nossa).

A democracia insere-se justamente nessa concepção de governo que busca satisfazer, *em algum grau*, a dignidade do Ser. Contudo, tantas são as concepções desse regime de governo como são os graus de satisfação dos requisitos da dignidade<sup>[11]</sup>.

Com efeito, no plano da teoria convencional da democracia, as pessoas são as detentoras do poder de editar regras gerais e abstratas dotadas de imperatividade, seja por meio de representação, seja diretamente, sendo certo que a legitimidade desses mandamentos decorre do consentimento da maioria dos cidadãos (Achen; Bartels, 2016).

Não obstante a garantia de participação do cidadão na formação das decisões coletivas, a essa visão tradicional da democracia foram incorporadas, ao longo dos tempos, diversas dimensões e mecanismos de restrição da vontade popular. Houve, portanto, uma evolução conceitual da democracia como regime puramente majoritário para uma posição mais substantiva de autogoverno.

Contemporaneamente, o modelo mais atraente de democracia pode ser conceituado como uma coparticipação (*partnership conception of democracy*), fundamentada em um alinhamento da vontade majoritária aos direitos e garantias individuais. A democracia, nesse sentido, pode ser entendida como um regime de governo coercitivo onde os cidadãos atuam como parceiros, na forma de um empreendimento coletivo em que todos são *igualmente considerados e respeitados*.

Essa concepção de democracia é estruturada com base em uma distribuição do poder político que reflita a própria dignidade de seus membros, em que ninguém seja deliberadamente “deixado para trás”, sendo, portanto, um reflexo da institucionalização da integração entre a dignidade humana e a vontade majoritária.

A integração entre dignidade e autogoverno fornece as balizas para a *legitimidade da ascensão de indivíduos ao Poder*, bem como para a análise dos atos de manutenção do regime. Assim, retomando a dignidade do Ser pelo prisma do imperativo kantiano, como exposto na seção anterior, e aplicando essa concepção ao governo coercitivo, tem-se a primeira condição de legitimidade de seus atos.

Com efeito, *se o adequado respeito por si mesmo acarreta a responsabilidade moral de respeitar, em um mesmo grau, os demais indivíduos, então é*

certo que o autogoverno deve, por meio de suas leis, políticas públicas, atos e metas coletivas, demonstrar *igual consideração* pela vida de todos os membros da comunidade.

O principal desdobramento da demonstração de igual consideração pela vida de todos os indivíduos pode ser traduzido na distribuição igualitária de recursos e oportunidades, ao menos em um momento inicial, entre os membros da comunidade política. Após esse estágio preliminar, nenhuma transferência adicional pode tornar mais justa a alocação dos quinhões de recursos e oportunidades entre os membros dessa comunidade<sup>[12]</sup>.

Assim, Ronald Dworkin indica que os recursos impessoais<sup>[13]</sup> devem ser distribuídos por meio de leis e de programas de ação dos governos que promovam, por exemplo, a regulação dos mercados para correção de distorções ou a criação de normas que tornem mais justa a distribuição das oportunidades vinculadas ao sistema eleitoral, a partir da imposição de limites razoáveis aos gastos dos candidatos durante a campanha política.

Contudo, não basta à dignidade que o governo coercitivo dispense igual consideração aos membros de sua comunidade. É necessário, ademais, que essa condição seja integrada à responsabilidade das pessoas em tomar decisões relacionadas a questões fundamentais para o seu bem viver. Dessa integração depreende-se a segunda condição para a legitimidade do governo.

Se a responsabilidade ética fundamental do indivíduo prescreve que ele deve considerar a sua vida como dotada de valor objetivo, aceitando as consequências de suas decisões tomadas por meio de um procedimento controlado por sua capacidade, seria ilegítimo ao governo coercitivo interditar ou mesmo alterar as bases informacionais desse exercício intelectual<sup>[14]</sup>.

Nessa linha, a segunda condição de legitimidade de um governo coercitivo justo, que deriva da própria ideia de dignidade, "torna a ética especial: ela limita o campo de decisões coletivas aceitáveis" (Dworkin, 2011, p. 371, tradução nossa).

Não seria legítimo ao governo proibir aos cidadãos, por exemplo, o exercício da liberdade de expressão ou de escolha dos seus representantes

na política ordinária, ainda que indiretamente, tendo em vista que essas decisões individuais espelham a responsabilidade reflexiva dos indivíduos.

O autogoverno coercitivo de uma comunidade política deve, portanto, tratar todos os seus membros com *igual consideração*, demonstrando a igualdade na importância do destino de cada cidadão, bem como com *igual respeito*, reconhecendo a liberdade do indivíduo nas decisões éticas e morais relacionadas ao bem viver<sup>[15]</sup>.

Somente quando alinhado a esses requisitos interpretativos, é possível falar em um governo coercitivo justo. É interessante observar que a ascensão dos membros do governo ao Poder deve seguir os mesmos parâmetros. Nessa esteira, Ronald Dworkin deixa consignado:

Para uma comunidade que aceita o primeiro princípio da dignidade, uma teoria econômica igualitária é uma teoria da justiça distributiva: os dois conceitos são idênticos. Para uma comunidade que aceita o segundo princípio, a concepção de liberdade deve demonstrar o devido respeito pela responsabilidade de cada pessoa em identificar e buscar sucesso em sua própria vida. Uma concepção de liberdade inclui uma concepção dessa responsabilidade. *Nessa forma de comunidade, a distribuição de poder político deve refletir esses dois princípios. A estrutura e as decisões do governo devem reconhecer a igual importância dos indivíduos e sua responsabilidade pessoal* (Dworkin, 2011, p. 349, tradução e grifo nossos).

Com efeito, aduzir que a distribuição do poder político entre os cidadãos deve refletir as duas condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo significa dizer que o procedimento para ascensão dos líderes ao Poder deve, necessariamente, respeitar essas balizas, considerando que, em última análise, representam a integração com a dignidade dos membros da comunidade.

Para tanto, o procedimento deve dispensar igual tratamento a todos os membros da comunidade política, incluindo os candidatos a cargo eletivo, que, por sua vez, devem – considerando que atuam como postulantes a um cargo cujo exercício alinha-se às próprias finalidades do Estado – observar, com ainda mais rigor, os requisitos da dignidade dos cidadãos durante sua ascensão ao Poder<sup>[16]</sup>. Resta saber em que medida a comunidade pode – ou se ela pode – exercer, juridicamente, o controle sobre o discurso político desses candidatos.

## 4 Democracia e controle

Diante do estudo da ideia de dignidade – que reúne sob um único manto princípios éticos fundamentais – e da passagem desses princípios para o plano da moral pessoal e política, a partir da interpretação coerente e integrada dos valores da liberdade, igualdade e democracia, é imprescindível explicitar como esses valores se tornam exigíveis juridicamente.

Abandonando sua defesa do interpretacionismo [*interpretivism*], pelo prisma ortodoxo de que o direito e a moral estariam dispostos em sistemas normativos distintos (Dworkin, 1978, p. 14), Ronald Dworkin passa a considerar o direito como um ramo da própria moral, em uma concepção unissistemática, explicitada na seguinte metáfora:

É, também, necessário entender a moralidade, em geral, como sendo uma estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo da moralidade política, que é em si mesmo um ramo de uma moral pessoal mais geral que, por seu turno, é um ramo de uma teoria ainda mais geral do que representa o viver bem (Dworkin, 2011, p. 5, tradução nossa).

Os direitos e deveres morais, vistos pelo ramo do direito, são considerados a partir de uma dimensão especial, que Dworkin passa a explorar da seguinte maneira:

É necessário, então, distinguir duas classes de direitos e deveres políticos. Os direitos legislativos são garantias de que o processo legislativo da comunidade será exercido de uma certa maneira: para criar e administrar o sistema público de educação, por exemplo, e *não para censurar o discurso político*. Os direitos jurídicos são aqueles que as pessoas estão aptas a exigir sob demanda, sem que haja intervenção posterior do Legislativo, em instituições adjudicativas que comandam a execução do poder de polícia (Dworkin, 2011, p. 405-406, tradução e grifo nossos).

Essa transposição de direitos e deveres para uma dimensão jurídica é promovida, primordialmente, pela Constituição. Alçada à posição de centralidade no eixo do ordenamento, na linha do conhecimento consolidado no estado da arte do direito, a Constituição é responsável por incorporar aos direitos e deveres uma dimensão jurídico-política.

Nessa esteira, os direitos jurídicos constituem um ramo especial, pois derivam diretamente dos valores da moralidade política, não necessitando de regulamentação para que possam ser legitimamente exigidos

por seus titulares, ao passo que os direitos legislativos correspondem a uma garantia de que o processo legislativo se debruce sobre os campos em que o governo *pode* regular.

O ponto é importante para a análise acerca da possibilidade de regulação da liberdade de expressão quando cotejada com a disseminação intencional e estruturada, por candidatos inseridos no processo eleitoral, de informações falsas com o objetivo de gerar tráfego, semear divisões sociais ou qualquer espécie de alteração das bases informacionais, a fim de conduzir os resultados políticos a seu favor (Sunstein, 2021, p. 6).

Com efeito, na medida em que pleiteiam um cargo eletivo, os candidatos criam na comunidade a expectativa de que exercerão o poder político de maneira alinhada, ao menos em tese, ao que foi prometido durante a campanha. A natureza do estímulo e a vinculação formal ao procedimento eleitoral exigem que seu comportamento público se aproxime das condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo justo.

Considerando que em uma sociedade é impossível viver sem induzir, estimular ou gerar expectativa nos demais indivíduos, é sensato afirmar que, em diversas situações, o projeto de viver bem das pessoas leva em conta, em alguma medida, previsões acerca do comportamento do governo, do mercado financeiro ou dos demais membros da sociedade.

Diante desses pressupostos, Ronald Dworkin indica que o estímulo baseado em mentiras pode gerar uma situação de violação da dignidade, deixando apontado:

Se você estava mentindo – não tinha intenção de comparecer –, então você me prejudicou apenas com esse ato. A dignidade explica por que: qualquer mentira (exceto em circunstâncias como alguns jogos, onde é permitida) contradiz o segundo princípio, pois a mentira é uma tentativa de corromper a base de informação através da qual as pessoas exercem a responsabilidade por suas próprias vidas (Dworkin, 2011, p. 305, tradução nossa).

Nessa toada, os candidatos devem atentar, especialmente, para o segundo princípio vinculado à responsabilidade ética fundamental do indivíduo, consubstanciado na *autenticidade*.

Os subsídios informacionais para decisão acerca do voto, a adequação dos programas de governo, bem como todos os atos que impliquem, ainda que indiretamente, no processo de tomada de decisão do cidadão acerca da escolha do candidato devem ser pautados pelo fornecimento de dados reais<sup>[17]</sup>, conferindo aos indivíduos a possibilidade de *formar crenças verdadeiras sobre os elementos do mundo*, compatibilizando essa percepção com seus *padrões normativos individuais*, a fim de tomar *decisões responsáveis*<sup>[18]</sup>.

A alteração ou a tentativa de alteração das bases informacionais que fundamentam uma escolha ou decisão responsável constituem uma violação à *autenticidade* dos indivíduos e, conseqüentemente, à sua dignidade<sup>[19]</sup>.

Nesse ponto, os conceitos interpretativos de liberdade de expressão, democracia coparticipativa e da igualdade distributiva devem ser trazidos à baila. Em importante passagem, Dworkin deixa anotado:

A liberdade de expressão deve fazer parte de qualquer concepção defensável de autogoverno por, no mínimo, duas razões distintas e igualmente importantes: o *autogoverno requer livre acesso à informação*, e o governo não é legítimo e, portanto, não tem autoridade moral para coagir, a menos que todos os coagidos tenham tido a oportunidade de influenciar as decisões coletivas (Dworkin, 2011, p. 372, tradução e grifo nossos).

Além de solapar o princípio que determina ao governo a *demonstração de igual respeito* pelo destino de todos os membros da comunidade, pela própria justificativa insuficiente para censura de qualquer informação – notadamente em um contexto político e por mais detestável que ela seja –, a limitação da liberdade de expressão viola frontalmente a *independência ética do cidadão*, corolário da *autenticidade* (Dworkin, 1996, p. 200).

Por mais que seja possível falar em dano deliberado<sup>[20]</sup> causado pela alteração das bases informacionais que subsidiam a tomada de decisão acerca do voto, é certo que, em um governo democrático, onde *inexiste coação externa extrema* ao controle pela capacidade – a exemplo de regimes autoritários –, não seria cabível a regulação prévia e em abstrato de informações, ainda que falsas.

Nessa esteira argumentativa, depreende-se que a responsabilidade moderada por meio do controle pela capacidade, associada à independência

ética, exige que o cidadão – eleitor – busque elementos verídicos para formulação de crenças coerentes relacionadas aos fatos.

Essa afirmação é corroborada pela importância inerente à escolha dos representantes, assim como pelo impacto no seu projeto de viver bem, acarretado pelos futuros atos do governo eleito. Ignorar esse ponto é destruir a capacidade epistêmica mínima do indivíduo.

O dano deliberado causado pela mentira existe e deve ser reparado, mas, da mesma forma, aos cidadãos são conferidas diversas maneiras de obter informações fidedignas<sup>[21]</sup>. A censura, portanto, é incabível, o governo não tem autoridade moral para realizar essa coação legitimamente.

A censura oficial, sob o pretexto de que as informações falsas não estão amparadas pelo manto da liberdade de expressão, soa como uma medida paternalista, violadora da *autenticidade* e das condições de legitimidade do governo.

Associado a essa construção argumentativa de *primeira ordem*, é importante deixar registrado o apontamento *instrumentalista* de Cass Sunstein<sup>[22]</sup> acerca das consequências práticas da censura de informações falsas:

Se for permitido que os funcionários públicos punam ou censurem o que caracterizam como falso, eles podem punir ou censurar a verdade. O motivo é que seus próprios julgamentos podem não ser confiáveis. Eles podem ser tolos ou ignorantes. Por mais confiantes que sejam, podem estar errados. O pior de tudo é que seus julgamentos provavelmente serão egoístas. Se um presidente, chanceler ou primeiro-ministro tentar censurar um discurso como “notícia falsa”, o motivo real pode não ser o fato de ser falso. O motivo real pode ser o fato de que isso os coloca em uma posição ruim. A polícia da verdade geralmente é subordinada a um autoritário, tentando manter o controle do poder. Um problema mais específico é a “cobrança discricionária”: As autoridades vão atrás das mentiras e falsidades que as colocam em uma situação ruim e ignoram ou celebram aquelas que as colocam em uma situação boa (Sunstein, 2021, p. 58).

Nesse passo puramente instrumental, é possível que a veracidade ou falsidade de uma informação seja utilizada como motivação sub-reptícia para censura, *por qualquer dos poderes em um governo coercitivo*, na medida em que os vieses ideológicos, econômicos e religiosos podem comprometer a

análise dos fatos<sup>[23]</sup>. Na mesma toada, a perseguição de dissidentes pode ser a real motivação da limitação da liberdade de expressão, ancorada na suposição de que alguma informação seja falsa (Sunstein, 2003).

Não obstante ser de primeira ordem, a construção de Ronald Dworkin não deixa de considerar as consequências tanto da disseminação de mentiras quanto da impossibilidade de censurar discursos políticos, haja vista aduzir:

Essa mentira deve ser refutada publicamente, por inteiro e vigorosamente, sempre que possível. Mas a censura é diferente. Não devemos endossar o princípio de que a opinião pode ser proibida quando os detentores do poder estão convencidos de que ela é falsa e que algum grupo seria profunda e compreensivelmente prejudicado por sua publicação (Dworkin, 1996, p. 225).

Dessa forma, para além da perspectiva da autenticidade e do princípio de igual respeito, a liberdade de expressão assume uma importância fundamental na promoção da igual consideração por todos os integrantes da comunidade política. Isso se deve ao fato de que, se a maioria dos membros da comunidade têm o poder de recusar a um concidadão o direito de expressar suas ideias, então ele não é igual na competição argumentativa pelo poder (Dworkin, 2002, p. 366).

O repúdio à censura deriva da ideia de que o papel democrático de soberanos, exercido pelos membros da comunidade política, em um autogoverno considerado justo, é desdobramento direto da dignidade de cada indivíduo, devendo ser promovido por meio de uma estrutura constitucional que garanta a igualdade na distribuição da liberdade de expressão (Dworkin, 2002, p. 365).

Nessa toada, a liberdade de expressão no contexto político é essencial à demonstração de *igual consideração* por todos os membros da comunidade<sup>[24]</sup>, bem como de igual respeito pela vida de cada indivíduo em uma democracia coparticipativa, como exposto por Dworkin na seguinte passagem:

A liberdade de expressão também ajuda a proteger a igualdade dos cidadãos. É essencial para a parceria democrática que os cidadãos sejam livres, em princípio, para expressar qualquer opinião relevante que tenham, independentemente do fato de essas opiniões serem

rejeitadas, odiadas ou temidas por outros cidadãos. Grande parte da pressão para a censura nas democracias contemporâneas é gerada não por tentativa oficial de manter segredos do povo, mas pelo desejo de uma maioria de cidadãos de silenciar outros cujas opiniões desprezam (Dworkin, 2002, p. 365-366).

Com efeito, o direito à liberdade de expressão não pode ser regulado com base no conteúdo ideológico do discurso, na sua veracidade ou falsidade, em fundamentos consequencialistas e utilitaristas ou a partir da ideia de que existem conflitos entre vontade majoritária e direito individual. É certo que a restrição da liberdade de expressão, no âmbito do discurso político, ainda que este esteja contaminado por informações falsas, viola a dignidade de todos os cidadãos, pelo prisma da autenticidade, além de solapar a legitimidade do governo, na medida em que deixa de demonstrar *igual respeito e consideração* por todos os membros da comunidade.

## 5 Considerações finais

Diante do que Ronald Dworkin indica ser o *princípio de Kant*, torna-se possível densificar a ideia de dignidade humana, composta pelos princípios éticos do respeito por si mesmo e da autenticidade. Na mesma linha, a partir da integração entre o plano da ética e o da moral, no domínio do valor, vislumbra-se o estabelecimento de uma relação entre os desdobramentos desta postura e as condições de legitimidade dos atos de um governo coercitivo.

A construção desse arcabouço teórico é imprescindível para interpretação coerente e interdependente dos valores da liberdade, da igualdade, da democracia e do direito, pelo prisma da dignidade do Ser, quando confrontados com a inquietação acerca da disseminação de informações falsas, promovida por meio de estruturas organizadas e financiadas por agentes inseridos no contexto político, com a estrita finalidade de auferir vantagens eleitorais.

Não obstante a alteração das bases informacionais causada pela utilização de mentiras e informações falsas, não se pode afirmar que haja uma coação externa extrema capaz de aniquilar a capacidade epistêmica mínima do cidadão, de forma a justificar a limitação da liberdade de expressão, especialmente em discursos políticos.

Nessa linha, eventual restrição da liberdade de expressão, visando cessar a disseminação, pelos candidatos, de informações falsas e mentirosas, viola as duas condições de legitimidade do governo em uma democracia coparticipativa. No primeiro aspecto, solapa o princípio que determina ao governo a *demonstração de igual respeito* pelo destino de todos os membros da comunidade, pela própria justificativa insuficiente para censura de qualquer informação – notadamente em um contexto político e por mais detestável que ela seja. Outrossim, a censura torna *desigual a distribuição* de poder político na sociedade, na medida em que o recurso da liberdade de expressar qualquer opinião relevante é limitado a determinados membros da comunidade, em razão do mérito do discurso. Os cidadãos simplesmente não são considerados como iguais na competição argumentativa pelo poder.

No segundo aspecto, especialmente no que toca ao plano ético e à *dignidade* dos membros da sociedade, a restrição da liberdade de expressão acerca de informações consideradas falsas e mentirosas interdita o dever do cidadão de exercer a autorreflexão crítica acerca do ato ou fato, ponderando essa ação com os valores ou objetivos que evidenciam a independência das escolhas dentro de um projeto individual de viver bem.

Não se trata de negar o caráter detestável da disseminação de informações falsas, mas de considerar a liberdade, igualdade, democracia e direito como conceitos interpretativos, insertos no domínio do valor, e não como meros instrumentos ou critérios para ações paternalistas estatais.

O combate às informações falsas e a correção do dano deliberado devem ser feitos, como indica Ronald Dworkin, por meio de contestação pública, de decisões judiciais declaratórias sobre a falsidade da informação, de publicação de notas e dados em uma imprensa livre, mas nunca pela censura. Não se pode queimar a casa para eliminar o rato.

## Referências

ACHEN, Christopher H.; BARTELS, Larry M. **Democracy for realists: why elections do not produce responsive government.** New Jersey: Princeton University Press, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle.** Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law**: the moral reading of the american constitution. New York: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. New Jersey: Princeton University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-Massachusetts: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1978.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

KAKUTANI, Michiko. **A morte da verdade**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2011.

MCMAHON, Christopher. **Reasonable disagreement**: a theory of political morality. New York: Cambridge University Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass R. **Democracy and the problem of free speech**: with a new afterword. New York: The Free Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. **Liars**: falsehoods and free speech in an age of deception. New York: Oxford University Press, 2021.

SUNSTEIN, Cass R. **Why societies need dissent**. Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2003.

## Notas

- [1] A partir da adoção do princípio de Hume, Ronald Dworkin (2011, p. 99, tradução nossa) afirma a independência dos argumentos no domínio do valor. Nessa linha, “[q]ualquer argumento que apoie ou contrarie uma pretensão moral deve incluir ou pressupor pretensões ou suposições morais.” Portanto, um juízo de valor deve ser considerado verdadeiro enquanto uma argumentação de primeira ordem, ou seja, interna à moral, puder ser sustentada coerentemente em favor da veracidade deste juízo e dos valores que compõem uma rede integrada, composta pelos valores da igualdade, da liberdade, da democracia e do Direito. Como ressalta Stephen Guest (2013), é errado supor a existência de conflito entre valores a partir da incidência de forças externas a esse domínio. Assim, os argumentos instrumentais, por exemplo, podem servir como elementos de persuasão, mas jamais para apoiar ou contrariar um valor.
- [2] Esse ponto tem uma ligação intrínseca com as decisões tomadas pelos cidadãos no contexto público eleitoral, haja vista que, no sistema representativo, o exercício do direito ao voto é uma das maiores oportunidades de manifestação – para além de um grande equalizador da igualdade de impacto – nas decisões coletivas que vincularão os integrantes da comunidade.
- [3] Um segundo sistema de responsabilidade, descrito por Ronald Dworkin, seria baseado em um histórico causal que, ao fim e ao cabo, contribuiria para a tomada de decisão.
- [4] É importante apontar que, ainda que existam influências externas ao indivíduo, atuantes na formulação de suas crenças, elas não podem ter um grau tal que se tornem coercitivas para a reflexão acerca do mundo. Verificando-se esta hipótese, a crença não seria real e coerente com os fatos, mas simplesmente imposta. A questão apresentada por Ronald Dworkin diz respeito ao grau de alteração das bases informacionais utilizadas pelos indivíduos para formar as suas crenças reais e reflexões.
- [5] Vale frisar que essa capacidade regulatória é destruída quando terceiros manipulam, com a finalidade de atender aos seus interesses, a faculdade decisória do indivíduo.
- [6] Nesse caso específico, a manipulação da capacidade decisória do indivíduo implica a sua própria destruição. O ponto, por sua importância, será objeto de reflexão mais aprofundada, especialmente no tocante à corrupção das bases informacionais e de sua relação com as exigências da dignidade do cidadão.
- [7] Compreendidas como aquelas coações que possam, de alguma forma, interditar a análise dos elementos percebidos no mundo dos fatos.
- [8] Essa integração da ética à moral deve ser compreendida como um projeto interpretativo em que as exigências da dignidade possam subsidiar as

responsabilidades que os indivíduos e a coletividade autogovernada têm perante cada cidadão isoladamente considerado.

- [9] Em uma democracia, a primeira oportunidade de exercício dessa participação ocorre por meio do sufrágio livre e universal, pelo voto direto e secreto, com valor de impacto igual para todos.
- [10] Assim, a ausência de uma obrigação política corresponderia à submissão do indivíduo ao império da força e da ameaça ilegítimas, elementos incompatíveis com nossa responsabilidade ética e, portanto, seu reflexo no plano da moral.
- [11] Trata-se, nessa toada, de um conceito interpretativo, em que há concordância em relação aos casos paradigmáticos e às reações a esses paradigmas, sendo possível que haja incerteza quanto às interpretações, o que não significa, contudo, que a democracia, como valor, seja um conceito indefinido.
- [12] Uma eventual redistribuição poderia ser aceitável se, por exemplo, derivasse da tributação geral com a finalidade de financiar programas assistenciais que, em determinados momentos contingentes, poderiam ser utilizados para beneficiar os cidadãos de maneira indistinta.
- [13] A ideia de recursos impessoais compreende a riqueza em sua concepção mais ampla e abstrata. Nessa linha, a distribuição do recurso de liberdade de expressão deve demonstrar igual consideração por todos os membros da comunidade na argumentação pelo poder político. O ponto será revisitado e aprofundado no próximo tópico.
- [14] Nesse ponto, é importante ressaltar que o grau de coerção e alteração sobre as bases informacionais, bem como a escassez de alternativas na busca por informações mais alinhadas aos fatos, são fatores decisivos para aferir o grau de legitimidade dos atos do governo e a consequente violação da dignidade dos membros da comunidade política. Relembrem-se, por oportuno, as limitações à circulação ou o controle do teor de informações em regimes autoritários.
- [15] Assim, os atos de um governo coercitivo em uma democracia coparticipativa devem, para além da garantia de distribuição igualitária de oportunidades e recursos a todos os cidadãos, ao menos em um momento inicial, ser balizados pelo respeito à responsabilidade ética fundamental dos seres humanos.
- [16] Assumindo que “a dignidade exige que as pessoas participem do seu próprio governo” (Dworkin, 2011, p. 386, tradução nossa), é imperioso que o procedimento seja pautado por uma concepção de igualdade política entre os membros da comunidade, em que nenhum indivíduo possa ter seu impacto político subtraído por razões que comprometam os requisitos de sua dignidade.
- [17] Para Cass Sunstein (2021, p. 6) as notícias ou informações falsas têm como objetivo gerar tráfego, semear divisões sociais ou conduzir os resultados políticos.

- [18] Todas essas condições atuam na forma de uma teia integrada, sendo, portanto, coerentes e interdependentes, na medida em que a argumentação que sustenta determinado elemento deve servir de fundamentação aos demais. Assim como a democracia é um conceito interpretativo, as condições de legitimidade dos atos do governo, a observância à dignidade dos membros da comunidade e a violação a esses valores também o são.
- [19] No contexto específico do objeto deste estudo, essa violação poderia ser mais preocupante pela possibilidade de fragilização da legitimidade do governo coercitivo, na medida em que a demonstração de igual respeito e consideração é imperiosa em todos os atos, inclusive de ascensão ao Poder.
- [20] Aqui é importante ressaltar que o dano pode ser qualificado como proveniente de competição – ou seja, em ocasiões em que existem muitos indivíduos pleiteando recursos escassos, gerando dano àqueles que não lograram êxito em adquirir o bem – ou como deliberadamente provocado, ocasião em que a intenção é prejudicar o outro, seja em proveito próprio ou não.
- [21] Ausente qualquer coação externa extrema, ao indivíduo é imputada a busca por outros dados que satisfaçam sua responsabilidade ética fundamental.
- [22] Os argumentos instrumentais não são suficientes para justificar restrições ao direito de liberdade de expressão, não obstante possam ter um caráter persuasivo. As justificações, na linha do entendimento de Ronald Dworkin, devem ser de primeira ordem, ou seja, internas à moral, sendo sustentadas coerentemente em favor da veracidade do juízo e dos valores que compõem uma rede integrada.
- [23] No que toca às cortes constitucionais, consideradas como fórum de princípios onde as questões da moralidade política devem ser apresentadas e debatidas (Dworkin, 1985, p. 70), não é aceitável, contemporaneamente, a defesa do poder discricionário político dos juizes no processo decisório em sede de casos difíceis, sendo certo que a parcela de subjetividade reservada ao intérprete não deve ser parametrizada pela sua inclinação particular.
- [24] Em uma análise mais profunda, é possível vislumbrar a questão pelo prisma kantiano da objetividade do valor do Ser, verificando-se que a disseminação estruturada de informações falsas pelos candidatos, com o fim de ascender ao poder, satisfazendo seus objetivos particulares, viola a dignidade dos demais membros da comunidade política, pois considera os cidadãos como instrumentos para atingir seus fins privados. Contudo, eventual restrição de disseminação de informações falsas pelos candidatos deveria ser estendida também aos demais cidadãos, na medida em que a distribuição de poder político na sociedade deve ser feita demonstrando igual consideração por todos. Em última análise, qualquer mentira seria censurada, aniquilando a liberdade de expressão dos membros da comunidade, repercutindo na própria soberania do autogoverno.

# A (in)efetividade dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira em tempos de estado de coisas inconstitucional

## *The (in)effectiveness of the fundamental rights of the Brazilian prison population in times of unconstitutional state of affairs*

Recebido em 19.10.2023 | Aprovado em 20.05.2024

*Pollyanna Melo Lins de Albuquerque*

Analista Jurídica do Ministério Público Federal. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela UCSAL.

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a essencial contribuição do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. O estudo tem início com uma breve exposição do contexto histórico-constitucional pátrio, que culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual, seguindo os parâmetros do neoconstitucionalismo de origem europeia, atribuiu destaque aos direitos fundamentais e propiciou o fortalecimento institucional do Supremo Tribunal Federal, oportunizando o protagonismo do Poder Judiciário e conferindo maior liberdade para o exercício de práticas ativistas. Por fim, o trabalho se direciona ao estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, marco no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que objetiva conter, ou ao menos atenuar, as mazelas oriundas do encarceramento em massa.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais; população carcerária; efetividade; Poder Judiciário; ADPF n. 347.

**Abstract:** This article aims to analyze the essential contribution of the Judiciary in ensuring the fundamental rights of the Brazilian prison

population. The study begins with a brief exposition of the Brazilian historical-constitutional context, which culminated in the promulgation of the Federal Constitution of 1988, which, following the parameters of neoconstitutionalism of European origin, highlighted fundamental rights and led to the institutional strengthening of the Federal Supreme Court, providing opportunities for the Judiciary to play a leading role and providing greater freedom for the exercise of activist practices. Finally, the work is directed to the study of the Allegation of Non-Compliance with Fundamental Precept 347, a landmark in the Brazilian legal system, as it aims to contain, or at least mitigate, the problems arising from mass incarceration.

**Keywords:** fundamental rights; prison population; effectiveness; Judicial Branch; ADPF No. 347.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais. 2 Neoconstitucionalismo e judicialização no contexto brasileiro. 3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de prisão. 4 Considerações finais.

## 1 Considerações iniciais

Este estudo trata do papel do Judiciário na busca pela efetividade dos direitos fundamentais dos indivíduos privados de liberdade, considerando-se, sobretudo, o conteúdo prestacional, as obrigações constitucionais estatais, a ausência e/ou insuficiência das políticas públicas e a necessária atuação do Judiciário no controle das omissões do Poder Público, no contexto do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A primeira seção dedica-se à análise do neoconstitucionalismo, considerando o ordenamento jurídico brasileiro e a mudança de paradigmas no tocante ao *status* constitucional dos direitos fundamentais e ao fortalecimento do Poder Judiciário.

O artigo prossegue com a análise das normas (princípios e regras) de direitos fundamentais e dos critérios a serem observados pelo julgador no momento de interpretá-las, de modo a não ultrapassar os limites de sua atuação.

Por fim, o estudo se volta para a ADPF n. 347, objetivando exemplificar, por meio de uma ação deveras emblemática, os caminhos que

conduzem à adoção de políticas públicas satisfatórias, mediante a atitude progressista dos membros do Judiciário.

## 2 Neoconstitucionalismo e judicialização no contexto brasileiro

O período experimentado pelos países europeus, especialmente Alemanha e Itália, após a Segunda Guerra Mundial, possibilitou uma inédita compreensão acerca da Constituição, produzindo, conforme lição de Luís Roberto Barroso (2005), o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, por meio de um plexo de alterações históricas, filosóficas e teóricas:

(i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional (Barroso, 2005, p. 15).

O Brasil e outros países da América Latina que, a partir do século XX, conseguiram superar os regimes de exceção reconfiguraram suas instituições e, nesse contexto, com um Poder Judiciário dotado de maior autonomia, as questões inerentes ao ativismo judicial e à judicialização da política ganharam destaque nos debates acadêmicos, jurídicos e políticos.

Antes de adentrar propriamente na temática da presente seção, faz-se necessária uma digressão, a fim de tecer algumas considerações acerca do desenvolvimento histórico-constitucional brasileiro, que tem como marco inicial a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, a qual consagra, em seu art. 179, uma extensa lista de direitos fundamentais.

Posteriormente, a Constituição Republicana de 1891 ampliou o elenco de tais direitos, bem como tratou de alargar o âmbito de proteção aos estrangeiros residentes no País (art. 72, *caput*), sendo pioneira no controle de constitucionalidade incidental.

As Cartas Políticas que se seguiram, mesmo nos períodos de regimes autoritários, não deixaram de explicitar conteúdos semelhantes, com

destaque para a Constituição de 1934, que inovou ao incorporar alguns direitos sociais ao seu texto (art. 113).

É inegável que a Constituição Federal de 1988 afigurou-se um marco no processo de protagonismo do Poder Judiciário, pois representa a consolidação jurídica da passagem de um Estado despótico para um Estado Democrático de Direito, sobretudo porque conferiu *status* constitucional a um extenso e não exaustivo (art. 5º, § 2º) rol de direitos fundamentais; ampliou as competências do Supremo Tribunal Federal – que passou a exercer tanto a função de guardião da Carta Política como de derradeira instância do Poder Judiciário pátrio –; bem como expandiu os legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade, cuja legitimidade ativa era conferida unicamente ao procurador-geral da República, imprimindo, desse modo, maior relevo ao controle concentrado e abstrato.

Sobre o cenário jurídico inaugurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, Paulo Bonavides (2010) adverte:

O novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser outro senão o Direito Constitucional do Estado social. A esse Direito o Brasil se prende como nunca desde o advento da Constituição de 1998. [...] Com efeito, não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garantem aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o Supremo Tribunal Federal (Bonavides, 2010, p. 373).

Para além do delineamento constitucional adotado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e do fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, Glauco Salomão Leite (2017) aponta, ainda, outros três fatores responsáveis pela expansão do ativismo judicial no contexto brasileiro: 1) a difusão do discurso teórico orientado pela doutrina neoconstitucionalista; 2) a distribuição de poder político entre instituições, grupos sociais e partidos; 3) o presidencialismo de coalização.

Vale, nesse ponto, destacar a preleção do referido autor, no sentido de que

[...] o neoconstitucionalismo oferece um conjunto de mecanismos de interpretação e aplicação do direito que introduz critérios materiais quanto à aferição da validade do direito. Nesse horizonte, questões ético-morais, relegadas pela tradição liberal clássica a um segundo

plano, assumem status diferenciado, orientando e conduzindo a compreensão do direito enquanto ordem normativa especificamente voltada à realização dos direitos fundamentais (Leite, 2017, p. 128).

Ressalte-se, ainda, que, enquanto nos períodos marcados pelo autoritarismo do Poder Executivo o Supremo Tribunal Federal assumia, frequentemente, uma postura de autocontenção, o presidencialismo de coalizão, somado ao pluralismo partidário, produz um cenário favorável a práticas contramajoritárias por parte do STF.

Embora não haja na doutrina consenso acerca do conceito de ativismo judicial, é sabido que a expressão foi utilizada pela primeira vez por Arthur Schlesinger Jr., em artigo publicado na revista *Fortune*, no ano de 1947, no qual o articulista estabelecia uma divisão entre os membros da Suprema Corte. De um lado estariam aqueles que desempenhavam um papel de ampliação dos direitos individuais e de promoção do bem-estar social e, do outro, os partidários da autocontenção, os quais não se permitiam adentrar na esfera de outros Poderes, sob a justificativa de preservação dos pilares do sistema democrático (Schlesinger Jr., 1947 *apud* Leite, 2017, p. 36-37).

O aludido autor preocupou-se, ainda, em diferenciar os fenômenos da judicialização e do ativismo, admitindo que o primeiro consiste no "processo de deslocamento de questões da arena política para a esfera judicial" (*apud* Leite, 2017, p.104), enquanto o ativismo decorre de uma proatividade do julgador no momento de interpretar a Constituição, visando implementar os valores e os fins de natureza constitucional.

Sobre o tema, Cappelletti (1993, p. 23) reconhece "que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade", porém adverte que o juiz, na qualidade de criador do direito, está adstrito a limites tanto processuais quanto substanciais.

Acerca dos limites do Judiciário no controle das omissões do Poder Público, mostram-se relevantes as reflexões de Dirley da Cunha Júnior (2016) transcritas adiante:

É certo, por óbvio, que o Poder Judiciário não deve intervir, sem mais, em esfera reservada a outro Poder, para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas e executivas no atendimento das demandas sociais. Todavia – e é isso

que aqui defendemos – quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o terceiro gigante no controle das omissões do poder público. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – corresponsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição ativa e dinâmica na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente dirigente, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entres os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos (Cunha Júnior, 2016).

No que concerne à teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy trata de esclarecer, de início, que as normas de direitos fundamentais são “ou regras (normalmente incompletas) ou princípios” (2008, p. 141), considerando, portanto, a distinção essencial “porque ambos dizem o que deve ser” (2008, p. 87). Afirma, ainda, que, embora existam diversos critérios para distinção, o utilizado de forma mais corriqueira é o da generalidade. O autor, no entanto, adverte que o ponto fulcral da diferenciação reside na constatação de que os princípios são *mandamentos de otimização*, vale dizer, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (2008, p. 90). Diante de tal constatação, esclarece que “o âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (2008, p. 90).

No tocante às regras, Alexy assevera que, “se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (2008, p. 91). São, portanto, *determinações*. Em sendo assim, diante de tais assertivas, decorre que, enquanto um conflito entre regras somente pode ser elucidado pela declaração de invalidade ou pela inserção de uma cláusula de exceção, a colisão entre princípios, por outro lado, deve ser solucionada com base na precedência de um em relação ao outro, a partir da análise do caso concreto (Alexy, 2008).

No que tange à efetividade das normas, Luís Roberto Barroso afirma que “ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social” (Barroso, 2009, p. 82-83).

Direitos fundamentais, nesse contexto, são direitos públicos subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (Dimoulis; Martins, 2018, p. 52).

É preciso salientar, nesse ponto, que, para além da igualdade formal, os direitos sociais fundamentais, quando devidamente efetivados, conferem uma igualdade material entre os indivíduos “através de atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da Justiça social e do bem comum” (Silva, 2007, p. 156).

No que concerne à concretização do ideal de justiça, Rawls adverte que “a justiça de um esquema social depende essencialmente de como se atribuem direitos e deveres fundamentais e das oportunidades econômicas e condições sociais que existem nos vários setores da sociedade” (Rawls, 2002, p. 8).

Sobre o tema, vale destacar a análise de Amélia Cohn, no sentido de que o parâmetro de justiça social, definido pela sociedade, está em constante redefinição:

Redefinição esta que traduz a composição do jogo de forças políticas e sociais em distintas conjunturas econômicas – umas mais, outras menos favoráveis a gastos do Estado na área social – e envolve sempre a disputa em torno da origem e do volume dos recursos que serão destinados a financiar a área social, e de em quais tipos de serviços serão feitos aqueles investimentos, e quais os segmentos sociais a serem priorizados (Cohn, 2012, p. 231).

O que se observa, entretanto, é que, embora a Constituição Federal, no art. 5º, § 1º, expressamente declare que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, a questão da efetividade não raramente esbarra na alegação de ilegitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se em decisões políticas, sob o manto, por vezes falacioso, da obediência à separação de Poderes.

Diante de tal conjuntura, "o princípio tradicional da Separação dos Poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes das nações centrais" (Krell, 2002, p. 109), permitindo-se ao Poder Judiciário brasileiro uma participação ativa na efetivação dos direitos fundamentais, por meio do controle das omissões do Poder Público.

Ademais, por configurarem um direito público subjetivo a uma prestação, não há que se falar em juízo de conveniência ou oportunidade quando se trata, sobretudo, de direitos fundamentais sociais, na medida em que, nessa seara, não existe espaço para exercício da discricionariedade.

Destarte, deixar ao alvedrio do Executivo e do Legislativo a efetivação dos direitos fundamentais é transformar as normas (princípios e regras) em meras promessas, destituídas de conteúdo jurídico.

No tocante ao presente tema, representativo é o entendimento do ex-ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, proferido quando da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á [...] a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (Brasil, 2004).

Nesse sentido, conforme preleciona Gustavo de Mendonça Gomes (2015), impende destacar que, num Estado Democrático de Direito, "as políticas são desenvolvidas tendo em vista o bem-estar coletivo, dando concretude aos direitos fundamentais (e mesmo não fundamentais) previstos constitucionalmente" (Gomes, 2015, p. 28-29).

Em sendo assim,

a primeira indagação a ser feita pelo operador do direito ante casos em que se discutem ações (ou omissões) do Estado é sobre a existência efetiva de uma política pública relacionada às situações em debate (Gomes, 2016, p. 121).

Isso porque a apreciação judicial será diferenciada, a depender do caso concreto, seja por ausência, seja por implementação insatisfatória de tais políticas.

Embora não haja menção explícita no texto constitucional quanto ao mínimo existencial, tal lacuna é suprida pela disciplina do art. 170, *caput*, segundo o qual “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, bem como pela adoção da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da CF).

Outrossim, a despeito da aludida previsão constitucional, pontua Daniel Sarmento (2016) no sentido da existência de afronta à dignidade dos indivíduos, notadamente em Estados periféricos:

[É] muito difícil que não haja, especialmente em Estados periféricos, situações afrontosas à dignidade das pessoas, e a sua ocorrência não basta para subtrair a legitimidade moral à ordem jurídico-política. Tal legitimidade, porém, depende, pelo menos, de que a dignidade seja “levada a sério” no âmbito da comunidade estatal; que haja um genuíno esforço de proteção e promoção dos direitos das pessoas, no sentido de superação das situações caracterizadoras de tratamento indigno (Sarmento, 2016, p. 79).

Não existe, na doutrina e na jurisprudência, consenso acerca do conceito, dos limites e da abrangência do mínimo existencial, entretanto, merece destaque a análise de Sarlet, à qual aderimos, no sentido de que o mínimo existencial não se reduz à mera sobrevivência física (mínimo existencial fisiológico), mas abarca também o denominado mínimo existencial sociocultural (Sarlet *et al.*, 2018, p. 642).

Nesse contexto, Gustavo de Mendonça Gomes ressalta a primazia da dignidade humana na hermenêutica constitucional:

Uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia de dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em *virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer circunstância*, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados, tanto por seus semelhantes, como pelo Estado (Gomes, 2015, p. 30. Grifo nosso).

Conclui-se, destarte, que a dignidade da pessoa é a fonte material e justificação substantiva de todo e qualquer direito fundamental, sem distinção entre aqueles que estão inseridos ou não na questão do encarceramento.

### **3 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais das pessoas em situação de prisão**

Incumbe destacar inicialmente que, embora a Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984, contemple dispositivos de cunho humanístico, afigura-se evidente o caráter meramente simbólico de tais normas, condição decisiva para a efetivação insatisfatória dos direitos ali preconizados.

Na mesma linha, ocupando *status* constitucional, localizam-se os princípios norteadores da execução penal, destacando-se o princípio humanitário, previsto de forma expressa no inciso XLIX do art. 5º da Lei Maior, o qual dispõe que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (Brasil, 1988).

O quantitativo de pessoas presas, que, conforme dados divulgados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública (2023), coloca o Brasil em terceiro lugar no *ranking* mundial, potencializa problemas inerentes ao próprio encarceramento, os quais não são tratados pelo Poder Público com a devida deferência, fazendo com que os indivíduos presos não gozem do mínimo necessário para uma vida digna.

Diante de tal cenário, a situação caótica verificada no sistema penitenciário brasileiro ensejou a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, com pedido de concessão de medida cautelar, por meio da qual o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) requereu, em síntese, que o Supremo Tribunal Federal

reconhecesse a violação de direitos humanos fundamentais da população carcerária e determinasse a adoção de providências necessárias para minorar os abusos constatados.

Assim, em 9 de setembro de 2015, o STF concedeu parcialmente a cautelar, determinando: 1) aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; 2) à União que liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Vale destacar a observação feita pelo ex-ministro Marco Aurélio em seu voto, levando-se em conta as barreiras sociais e jurídicas enfrentadas para tornar efetivos os direitos daqueles que estão à margem da sociedade e a necessária atuação do Judiciário para a concretização de tal objetivo:

É difícil imaginar candidatos que tenham como bandeira de campanha a defesa da dignidade dos presos. A rejeição popular faz com que a matéria relativa à melhoria do sistema prisional enfrente o que os cientistas políticos chamam de “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*): o debate parlamentar não a alcança. Legisladores e governantes temem os custos políticos decorrentes da escolha por esse caminho, acarretando a incapacidade da democracia parlamentar e dos governos popularmente eleitos de resolver graves problemas de direitos fundamentais.

[...]

Em síntese, a solução das graves violações de direitos fundamentais dos presos, decorrentes da falência do sistema prisional e presentes políticas públicas ineficientes e de resultados indesejados, não consegue avançar nas arenas políticas ante a condição dos presos, de grupo social minoritário, impopular e marginalizado. Nesse cenário de bloqueios políticos insuperáveis, fracasso de representação, pontos cegos legislativos e temores de custos políticos, a intervenção do Supremo, na medida correta e suficiente, não pode sofrer qualquer objeção de natureza democrática (Brasil, 2023b).

A conjuntura na qual se encontra o sistema penitenciário nacional se amolda, portanto, ao estado de coisas inconstitucional, instituto desenvolvido originalmente a partir da jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia e cujos pressupostos, em síntese, são os seguintes: 1) violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais; 2) omissão reiterada de várias instâncias estatais, caracterizando uma *falha estrutural*; 3) necessidade de “expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes” (Campos, 2015).

Ocorre que, embora todos os ministros tenham reconhecido o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, dos oito pedidos formulados em sede cautelar, apenas dois foram deferidos: 1) a realização das audiências de custódia; 2) o descontingenciamento das verbas do Fundo Penitenciário Nacional (Funpen), decisão que, embora emblemática, pouco contribuiu para a efetividade dos direitos fundamentais no âmbito do sistema prisional, tendo em vista, sobretudo, a gestão insatisfatória dos recursos provenientes do Funpen.

A aludida ADPF, após mais de oito anos de sua propositura, foi julgada pelo Plenário do STF em 4 de outubro de 2023, restando reconhecida, por unanimidade, a existência de uma situação de violação em massa de direitos fundamentais dos presos, afigurando-se, ademais, um problema de ordem estrutural, que decorre de causas diversas, demandando, dessa forma, um conjunto de medidas para a sua superação.

Assim, almejando transpor tal situação fático-jurídica, o Supremo Tribunal Federal determinou providências a serem adotadas pelo Poder Público, dentre as quais se destaca a fixação de prazo para que a União, os Estados e o Distrito Federal, com a participação do Conselho Nacional de Justiça, elaborem (em até seis meses) e executem (em até três anos) planos para solucionar as questões em suas respectivas áreas de abrangência, tendo como alvos principais as seguintes problemáticas: vagas insuficientes e de má qualidade; entrada excessiva de presos no sistema; e cumprimento da pena por tempo maior do que a condenação, resultando na saída extemporânea dos sentenciados.

Nesse contexto, o julgamento do mérito da ADPF n. 347 demonstra que o Judiciário, assumindo uma postura genuinamente ativista e progressista, objetivou suprir as lacunas deixadas pela omissão estatal,

de forma a garantir o mínimo existencial às pessoas privadas de liberdade, privilegiando a dignidade da pessoa humana, alicerce do nosso ordenamento jurídico-constitucional.

#### **4 Considerações finais**

Modernamente, com a adoção da pena privativa de liberdade como núcleo do sistema penal, o objetivo precípua da sociedade, referendado pelo ente estatal, é afastar o delinquente do grupo social, sob o argumento de que assim encontra-se protegida. O que se deve ter em vista, porém, é que, a despeito da situação de prisão, a dignidade dos presos, como seres humanos que são, deve ser preservada, evitando-se que a pena privativa de liberdade se constitua numa dupla punição, verdadeiro *bis in idem*, remetendo aos castigos da antiguidade.

O que se vê, no entanto, é que a precariedade verificada extramuros se agiganta no contexto prisional. O Estado, que deveria zelar pela integridade física e mental daqueles que estão sob sua custódia, para além de se omitir deixando de cumprir com as suas obrigações constitucionais, trata de recrudescer as mazelas inerentes à privação da liberdade, retirando dos apenados o mínimo necessário para uma existência digna.

O Poder Público não parece ter real interesse em fornecer às pessoas excluídas e encarceradas o mínimo existencial. Sendo assim, a pena, ao tempo em que se distancia do preconizado objetivo ressocializador, aproxima-se da vingança de tempos remotos, nos quais os suplícios eram estimulados e o sofrimento corporal era o centro da punição.

A inefetividade dos direitos observada extramuros ganha maiores proporções quando se trata da população privada de liberdade, cada vez mais marginalizada – expressão aqui utilizada no sentido de ser colocada à margem do âmbito de proteção estatal.

Outrossim, as políticas públicas adotadas no contexto prisional pouco ou nada fazem para assegurar a condição do preso como sujeito de direitos, sobretudo em razão das ações voltadas para o castigo, de modo que a privação de liberdade, que deveria ser o principal direito ceifado, torna-se apenas um “detalhe” em meio a tantas iniquidades do sistema.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente remodelagem do sistema constitucional brasileiro, torna-se imperiosa uma readequação na vetusta teoria da separação dos Poderes, objetivando – a partir de uma relação de cooperação e dinamismo entre Executivo, Legislativo, Judiciário e sociedade civil – alcançar, com base no diálogo constitucional, a tão almejada efetividade dos direitos fundamentais preconizados na Carta Magna.

Diante do exposto, a interferência do Poder Judiciário, de modo a suprir as omissões estatais nessa seara, mostra-se cada vez mais urgente e necessária, notadamente em face das estatísticas alarmantes do sistema prisional brasileiro e das consequências sociais advindas da política de encarceramento em massa que vem sendo adotada no Brasil.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347, destarte, é apenas o começo de muitos esforços que devem ser somados para que se chegue a um mínimo de dignidade e concretização dos direitos aqui tratados.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yuazp7w>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais, até a de n. 97, de 4 de outubro de 2017. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/4n8zp54e>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível em: <https://tinyurl.com/3asc3mht>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais** – Relipen. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas Penais, 2023a. Disponível em: <https://tinyurl.com/cp8fea37>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Publ. **DJe** 19 dez. 2023b. Disponível em: <https://tinyurl.com/52ahvvft>. Acesso em: 26 mar. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/DF. Relator: Min. Celso de Mello, 29 de abril de 2004. Publ. **DJU** 4 maio 2004. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdheh74s>. Acesso em: 26 mar. 2024.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdm3c53u>. Acesso em: 26 mar. 2024.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

COHN, Amélia. O estudo das políticas de saúde: implicações e fatos. In: CAMPOS, G. W. S. *et al.* (org.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec, 2012. p. 219-246.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A judicialização da política, a politização da justiça e o papel do juiz no estado constitucional social e democrático de direito. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, v. 26, n. 28, p. 149-169, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/3r9ra8ds>. Acesso em: 26 mar. 2024.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GOMES, Gustavo de Mendonça. **Políticas públicas no estado contemporâneo e controle jurisdicional**: base legal e elementos formadores. Curitiba: Juruá, 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático**: do ativismo judicial ao diálogo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

# O fenômeno da plataformização do trabalho: um ensaio crítico sob o prisma da subordinação

## *The phenomenon of work platformisation: a critical essay from the perspective of subordination*

Recebido em 20.10.2023 | Aprovado em 30.04.2024

*Mateus Côrte Vitória*

Assessor jurídico no Ministério Público do Trabalho – Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região. Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS).

*José Tadeu Neves Xavier*

Professor do curso de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS) e do Curso de Graduação em Direito da Atitus Educação (Porto Alegre). Pós-doutor em Direito pela Universidade de Santiago de Compostela (USC) – Espanha. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo fomentar o debate que envolve o fenômeno da plataformização do trabalho no Brasil, utilizando como parâmetro a atividade desenvolvida por motoristas de aplicativos de transporte de passageiros. Buscou-se identificar a existência dos elementos fático-jurídicos que caracterizam o vínculo de emprego em tal contexto, em especial a subordinação, tendo em vista os argumentos que se contrapõem em relação ao tema. Além disso, foram apresentados, a título ilustrativo da discussão, argumentos centrais utilizados por órgãos fracionários do Tribunal Superior do Trabalho para fundamentar decisões distintas sobre a mesma matéria, tecendo-se considerações críticas em relação a cada um deles para demonstrar a divergência existente na Corte sobre o tema e alcançar uma conclusão sobre o assunto. O

método de abordagem utilizado foi o jurídico tradicional e as técnicas de pesquisa aplicadas foram a bibliográfica e a jurisprudencial. A conclusão foi no sentido de que a subordinação, embora sob nova roupagem, pode ser claramente identificada no trabalho plataformizado.

**Palavras-chave:** direito do trabalho; vínculo de emprego; plataformização; subordinação.

**Abstract:** This article aims to encourage the debate surrounding the phenomenon of platformisation of work in Brazil, using as a parameter the activity carried out by drivers of rideshare applications. We sought to identify the existence of the factual-legal elements that characterize the employment relationship in such a context, especially subordination, given the arguments that oppose each other regarding this topic. Furthermore, central arguments used by fractional bodies of the Superior Labor Court to support different decisions on the same matter were presented, as an illustration of the discussion, with critical considerations being made about each of them to demonstrate the divergence that exists within the Court on the topic and to reach a conclusion on the matter. The method used was a traditional legal approach and the research techniques applied were bibliographic and jurisprudential. The conclusions were developed throughout the text and rescued and organized at the end.

**Keywords:** platformisation; subordination; work; jurisprudence.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O fenômeno da plataformização do trabalho: a subordinação como elemento central do debate relativo ao vínculo de emprego. 3 O fenômeno da plataformização do trabalho na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. 4 Conclusões.

## 1 Introdução

O mundo do trabalho tem mudado significativamente nos últimos anos. O avanço das novas tecnologias possibilitou que as relações sociais, em geral, e as de trabalho, em particular, fossem desenvolvidas, precipuamente, no mundo virtual. O desenvolvimento de aplicativos digitais chegou ao ponto de permitir a contratação do serviço de transporte de passageiros por meio de simples toques no telefone celular. Nesse cenário, popularizou-se o fenômeno da plataformização do trabalho, incentivado pela praticidade e pela redução de custos oferecidas.

Nesse contexto, ganhou lugar a discussão a respeito da existência, ou não, de vínculo de emprego entre os motoristas de aplicativos de transporte de passageiros e as empresas titulares das plataformas às quais estão vinculados. Tais entidades sustentam, basicamente, que os trabalhadores são autônomos e que o vínculo que se estabelece entre eles é de parceria, enquanto a posição contrária defende a presença da subordinação, de forma que o vínculo de emprego deve ser reconhecido, com todas as decorrências jurídicas que lhe são próprias.

No cerne dessa discussão está o elemento subordinação, que, aliado aos demais elementos fático-jurídicos que constituem o vínculo de emprego, assumiria, na hipótese de plataformização do trabalho, uma roupagem distinta daquela comumente verificada nos demais casos. Nesse sentido, uma abordagem atenta ao contexto específico da plataformização, à luz das características relativas ao vínculo de emprego, permite, no mínimo, o avanço da discussão sobre o tema, podendo, inclusive, propiciar uma conclusão acerca do posicionamento mais adequado a respeito do assunto.

A polêmica que cerca essa questão se apresenta, inclusive, no âmbito do próprio Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista a divergência existente sobre o tema entre órgãos fracionários que compõem esta Corte de Justiça. A título meramente ilustrativo, serão apresentados alguns dos principais fundamentos extraídos de duas decisões colegiadas da Corte Superior, oriundas de turmas distintas, que representam o núcleo do entendimento de cada uma delas em relação à matéria, bem como os apontamentos críticos que se pode fazer a eles.

A reflexão sobre a referida problemática assume maior relevância na medida em que o reconhecimento do vínculo de emprego é um tema valioso ao Direito do Trabalho, principalmente pelas suas decorrências no que se refere à proteção dos direitos fundamentais do trabalhador e à melhoria das condições de trabalho que a segurança do vínculo proporciona. No contexto político de persistente polarização que ainda vivemos, há que se ter cuidado redobrado ao abordar a discussão, sob pena de deixar-se que a técnica jurídica dê lugar a outras convicções que não correspondem à realidade dos fatos.

## 2 O fenômeno da plataformização do trabalho: a subordinação como elemento central do debate relativo ao vínculo de emprego

Os avanços tecnológicos dos últimos anos modificaram substancialmente a forma como se manifestam determinadas relações sociais, muitas das quais se transferiram, em grande medida, para o mundo virtual. A comunicação entre as pessoas, por exemplo, pode ser feita inteiramente por mensagens de texto transmitidas por aplicativos, o mesmo ocorrendo em relação à aquisição de produtos e de serviços. É possível contratar serviços de transporte de passageiros sem que uma só palavra seja verbalizada.

No entanto, é preciso ter muita cautela na identificação e na análise dos novos formatos de relações que se estabelecem no contexto contemporâneo. Isto porque a nova roupagem não necessariamente significa uma modificação na natureza dessas relações. O teletrabalho, por exemplo, que ganhou grande espaço com a deflagração da pandemia de covid-19 como forma de manutenção das atividades econômicas e dos empregos no contexto de emergência sanitária, passou a ser uma tendência em diversos segmentos não apenas como uma modalidade favorável aos trabalhadores, mas também como uma forma de propiciar redução de custos, sem prejuízo da produtividade, em favor do empregador.

Nesse particular, a modificação do trabalho presencial para o teletrabalho não representa uma desnaturação da atividade desempenhada, mas apenas uma nova forma de exercício do trabalho. Embora essa mudança acarrete novas preocupações para o *mundo do trabalho*, como a manutenção de um meio ambiente laboral saudável no âmbito doméstico e a prevenção de doenças profissionais específicas relacionadas com o exercício das atividades à distância, a atividade laborativa mantém sua natureza, não sendo o simples fato de que passou a ser exercida à distância suficiente para que se possa questionar a respeito da manutenção de suas características de trabalho humano.

Assim, há que se contextualizar adequadamente a era em que vivemos, sendo possível verificar a disseminação, em especial através das redes sociais, de um verdadeiro discurso de glamourização da precarização das relações de trabalho, baseado na ideia equivocada de que a aplicação

das normas trabalhistas seria um empecilho ao desenvolvimento econômico. Por trás desse discurso, porém, é possível vislumbrar, em paralelo com a redução de custos para o empregador, a redução de direitos trabalhistas e o aumento de riscos ao trabalhador<sup>[1]</sup>.

Esse discurso está inserido no fenômeno que pode ser denominado de “empresariamento da informalidade” (Vaclavik; Oltramari; Oliveira, 2022, p. 252), consistente no processo de agenciamento do trabalho informal por parte de grandes empresas multinacionais. A subordinação, nesse cenário, existe, o que se verifica não apenas pela dependência econômica que vincula o trabalhador à plataforma – pois é a partir dela que ele obtém suas rendas –, mas também pelo fato de que o controle da atividade é realizado pela plataforma (embora muitos dos riscos da atividade sejam remetidos ao trabalhador sob a narrativa de que ele é “dono do seu próprio negócio”).

No entanto, há que se pontuar que, embora exista, com base nesse fenômeno, uma perspectiva no sentido de que “o futuro do trabalho é, inevitavelmente, informal” (Vaclavik; Oltramari; Oliveira, 2022, p. 255), tal posição merece um contraponto, já que não se verifica qualquer fundamento sólido que permita tal conclusão a não ser o fato de que, atualmente, se identifica um momento de crise no mundo laboral, em que o trabalho informal é a única opção para muitas pessoas. Isso não significa dizer que tal cenário perdurará ou, mesmo, que deve ser considerado inevitável, ou até aceitável, principalmente pelo fato de que tem acarretado a marginalização de um imenso grupo de trabalhadores em relação ao ordenamento jurídico, os quais ficam, dessa forma, desabrigados das garantias trabalhistas e previdenciárias.

Assim, pelo contrário: tal característica é encontrada em um momento de efetiva crise, o que é, inclusive, sintomático da era em que vivemos, e é justamente por esta razão que se faz necessário o rigoroso enquadramento de tais atividades no quadro juslaboral vigente. Da mesma forma que o conceito de “empresariamento da informalidade”, o fenômeno da plataformização ou uberização<sup>[2]</sup> se apresenta como um dos grandes desafios do mundo do trabalho atual, na medida em que se trata de uma nova maneira de apresentação e organização do trabalho humano, propiciada pelas mais modernas ferramentas digitais, que se alastrou pelo país e conta hoje com mais de um milhão e meio de trabalhadores<sup>[3]</sup>.

Embora com promessas de ganhos altos, flexibilidade de horários e ampla autonomia, a análise dessa configuração de trabalho deve ser feita com muito cuidado. Isso porque a plataformização compreende, basicamente, a crescente dependência de mecanismos digitais nos mais diversos setores da vida social (Abílio; Amorim; Grohmann, 2021, p. 36), o que não elimina os demais aspectos inerentes a tais relações; vale dizer, o trabalho humano, ainda que desenvolvido por intermédio de um aplicativo, continua sendo trabalho humano.

Nesse sentido, não se pode utilizar o fato inovador de que tais atividades são desempenhadas por meio de plataformas digitais como um escudo que impede a incidência das leis vigentes a determinadas atividades que nelas se enquadram. Assim, verificando-se a existência dos requisitos caracterizadores do vínculo de emprego nas atividades desenvolvidas no contexto da plataformização, não se deve impedir a incidência do regramento trabalhista, com todas as suas consequências jurídicas, a começar pelo reconhecimento do vínculo de emprego.

Por outro lado, os requisitos do vínculo de emprego são comumente conhecidos e referidos entre os operadores do Direito do Trabalho, dada a importância de que se reveste a matéria relativa ao reconhecimento do vínculo em ações trabalhistas. É concepção sedimentada pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência serem cinco os elementos fático-jurídicos que caracterizam o vínculo empregatício: a prestação de trabalho por pessoa natural, a pessoalidade na prestação, a habitualidade ou não eventualidade, a onerosidade e a subordinação. Este último é, sem dúvidas, o mais importante deles<sup>[4]</sup>, na medida em que é a sua presença em determinada relação jurídica que possibilita a identificação da existência, ou não, de autonomia do trabalhador e, portanto, do vínculo de emprego.

Quando se analisa o elemento da subordinação na relação de emprego, é necessário que exista, por um lado, um correto entendimento acerca da sua significação e compreensão ao longo do tempo e, por outro, a consideração de certa margem de flexibilização e acomodação do conceito às novas formas de relações laborais. Isso significa que não se pode ficar engessado em características que não mais estão em uso no contexto laboral, assim como não se pode distorcer o conceito de subordinação a ponto de apagá-lo de determinada relação jurídica

simplesmente porque não reflete exatamente as mesmas características que o delinearão em tempos mais antigos.

Em outras palavras, não é porque as relações sociais e laborais mudaram que a subordinação, como elemento fático-jurídico da relação de emprego, deixou de existir. O elemento permanece, embora com nova roupagem, e há que serem investigadas suas novas formas de apresentação para que se possa identificar a existência do vínculo de emprego. Para isso, é necessário o conhecimento técnico acerca do que se pode denominar de núcleo essencial do conceito, aquelas características inerentes a ele, sem as quais não se pode falar em subordinação, qualquer que seja a dimensão.

Esse núcleo pode ser identificado com base em uma única ideia: controle. Trata-se, na leitura doutrinária da legislação celetista, da característica inerente ao poder diretivo do empregador, a teor da disposição do art. 2º do texto consolidado<sup>[5]</sup>. Na medida em que o empregador é aquele que dirige a prestação pessoal do serviço, há, intrinsecamente, o controle das atividades. Embora o poder diretivo seja comumente subdividido em poder de organização, poder de controle e poder disciplinar<sup>[6]</sup>, é o controle das atividades que legitima e abarca a sua organização e eventuais sanções aplicadas aos empregados, embora os demais elementos também sejam importantes para a identificação do poder diretivo e da própria existência do controle.

Assim, em uma conceituação bastante sintética e assertiva, é possível partir da concepção de que poder de direção “é a forma como o empregador define como serão desenvolvidas as atividades do empregado decorrentes do contrato de trabalho” (Martins, 2019, p. 356). Com base nesta premissa, é possível estabelecer um terreno sólido para a análise da existência, ou não, de vínculo de emprego em determinadas relações jurídicas, desde que presentes, por óbvio, os demais elementos fático-jurídicos da relação de emprego.

Há que se ter o cuidado de verificar, atentamente, a existência de subordinação no contexto do trabalho plataformizado pelo fato de que, nesses casos, a própria relação de subordinação “se informaliza” (Abílio; Amorim; Grohmann, 2021, p. 38), tendo em vista que a ausência de determinações claras sobre jornada de trabalho, remuneração e dias de descanso, por exemplo, embaçam a visão do trabalhador a ponto de a própria empresa utilizar-se dessas características para tentar justificar uma suposta autonomia de tais profissionais.

Ainda nesse novo contexto, a produtividade passou a ocupar um espaço central nas relações laborais, de sorte que o próprio controle do trabalho (Araujo, 2007, p. 205) começou a ser feito com base nesse elemento, que norteia também as noções de flexibilidade de horários e o estabelecimento de contratos atípicos. É com base nessas novas noções, que confundem o próprio trabalhador inserido em tais contextos, que as empresas detentoras das plataformas digitais defendem que as relações estabelecidas entre elas e os trabalhadores são de mera intermediação ou parceria, como se não auferissem lucro com aquela mão de obra que lhes é constantemente disponibilizada. Confunde-se, assim, remuneração com produtividade, atrelando um ao outro, e trabalho com autonomia, desvinculando-se as normas trabalhistas e previdenciárias incidentes.

Esse novo panorama poderia levar à conclusão de que, estando os principais aspectos da relação laboral vinculados à produtividade, haveria mais benefícios ao trabalhador, o que, lamentavelmente, não é verdade. As modificações não acarretaram qualquer diminuição no poder do empregador, apenas tornaram possível a divisão das responsabilidades e, até mesmo, do risco do empreendimento com os empregados, sem haver uma contrapartida proporcional na divisão dos lucros (Araujo, 2007, p. 205).

Em uma perspectiva sociológica do trabalho, observa-se, nesse cenário, o que alguns denominam de engajamento subjetivo do trabalhador<sup>[7]</sup>, o que significa dizer, de forma simplificada, que é o próprio trabalhador quem irá acionar sua atividade laboral, podendo modular o momento de início por meio da utilização de ferramentas tecnológicas cada vez mais avançadas, ainda que não exista um controle físico direto sobre ele. Esse conceito está inserido no cerne do que se denomina de *crise dos espaços de confinamento*<sup>[8]</sup>, a qual, por sua vez, marca de forma muito clara o atual cenário laboral, que, cada vez mais, prescinde do espaço físico para o desempenho adequado das atividades.

Um aspecto muito relevante desse contexto de crise dos espaços de confinamento, que se relaciona diretamente com o tema ora tratado, é o aperfeiçoamento do controle do trabalho e de sua duração, cujas informações passam a ser fornecidas pelo próprio trabalhador (Zarifian, 2002, p. 25) por meio das tecnologias que ele utiliza justamente para trabalhar. Ao fim e ao cabo, uma das consequências mais importantes desse novo modelo é o "efeito de advertência permanente" (Zarifian, 2002, p. 30) que

recai sobre o trabalhador, o que explica a tendência de que as jornadas de trabalho sejam cada vez mais extensas, o risco de acidentes de trabalho aumente consideravelmente, os períodos de repouso não sejam respeitados e o trabalhador, por receio de perder sua renda diária, submeta-se a todas essas reduções de seus direitos e, como forma de aceitar esta dura realidade, não raro enxergue a si mesmo como um empreendedor.

Nessa realidade, a conclusão a que se chega é que a dimensão de tempo livre do trabalhador plataformizado é, cada vez mais, tomada sob a forma de mais trabalho pelas plataformas digitais (Silvestre; Neto; Amaral, 2021, p. 6), o que não pode ser ignorado quando da análise do vínculo existente entre esses profissionais e a empresa titular da plataforma digital. Essa tendência tem ligação estreita com o fato de que os riscos do trabalho, a sua intensidade e a extensão da jornada passam a ser preocupação exclusiva dos próprios trabalhadores, o que os coloca na posição de “autogerentes subordinados” que, embora não possuam nenhuma influência no planejamento e nos destinos do empreendimento, devem manejar suas metas e suas condições de trabalho (Uchôa-de-Oliveira, 2020, p. 6).

Aliada a esse cenário está a característica que vem sendo utilizada pelas plataformas denominada de *gamificação*, que nada mais é do que a utilização da lógica dos jogos (*games*) para diminuir a monotonia do trabalho, com o estabelecimento de promoções, metas a serem alcançadas e recompensas maiores do que as ordinariamente esperadas com a finalidade de engajar o trabalhador – e também os usuários – na ferramenta digital, aumentando exponencialmente o seu uso em detrimento da saúde dos profissionais.

Todas essas características não existem por acaso, inserindo-se nesse contexto de glamourização da precarização do trabalho criado, ou ao menos agravado, pelo fenômeno da plataformização. A exploração do trabalho humano não é um fenômeno novo ou desconhecido, tampouco a necessidade de regulamentação dos polos naturalmente desequilibrados da relação de emprego; tais aspectos explicam a própria existência do Direito do Trabalho. No entanto, essa tutela deve ser salvaguardada, em especial nos momentos de modificações sociais profundas como o que vivemos, a fim de que se evitem, ao máximo, novas formas de exploração e vulneração dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse aspecto, verifica-se que, de fato, parece ter razão Ricardo Antunes quando afirmou, dezesseis anos atrás, que a era da informatização “corresponde à época da informalização do trabalho” (Kassab, 2007, p. 6) e, em especial, quando assinalou que, quando esperávamos que os mais modernos aparatos técnico-científicos pudessem melhorar as condições do trabalho, “nós estamos presenciando o oposto” (Kassab, 2007, p. 6).

Parece evidente, portanto, que a subordinação possui “limites conceituais relativamente duradouros no campo jurídico” (Souza, 2023), os quais não podem ser apagados sem que esteja amplamente evidenciado o caráter autônomo da atividade exercida, com todas as características inerentes a esse modelo, como o planejamento do serviço pelo próprio trabalhador e a possibilidade de tomada de decisões próprias e de alteração da forma de realização das atividades, assim como a possibilidade de obtenção de lucros a partir dessas decisões. Sem a existência efetiva dessas características, não há como se falar em trabalho autônomo e, havendo a manifestação dos elementos caracterizadores da relação de emprego, há que se reconhecê-la.

### **3 O fenômeno da plataformização do trabalho na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**

No novo contexto inaugurado pela plataformização do trabalho, foi aceso um intenso debate jurisprudencial a respeito da natureza jurídica das relações que se estabelecem entre os profissionais que prestam serviços por meio de aplicativos e as empresas titulares das plataformas digitais utilizadas pelos usuários para contratar tais serviços. O fenômeno que abrange essa celeuma, ao que parece, está longe de ser pacificado, em especial considerando-se a distância que existe entre os posicionamentos conflitantes.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, há posicionamentos divergentes entre os órgãos fracionários que compõem essa corte. A 4ª Turma, por exemplo, decidiu, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 0001092-82.2021.5.12.0045, de relatoria do ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, pelo não reconhecimento do vínculo de emprego entre um motorista de aplicativo e a empresa detentora da plataforma à qual ele prestava serviços, afirmando que, naquele caso, estaria ausente o elemento da subordinação. Consignou-se, ainda, que

as novas formas de trabalho, que incorporaram tecnologias digitais, careceriam de regulamentação legislativa específica, argumento este que se mostra significativamente frágil na medida em que, embora se utilize de novas tecnologias, a prestação dos serviços de transporte por aplicativo nada mais é do que uma atividade prestada pelo trabalho humano na qual a tecnologia é um mero facilitador.

Há, nesse aspecto, uma confusão feita, na fundamentação do acórdão, entre o veículo utilizado para viabilizar o contato do prestador com o usuário do serviço – que é a tecnologia – e a atividade propriamente dita, que é prestada pelo motorista-trabalhador. O fato de haver tecnologias novas envolvidas e a intermediação de uma plataforma digital administrada pela empresa em nada desnatura a atividade em si. O labor humano permanece presente – aliás, constitui, ou deveria constituir, o elemento fulcral da análise – e, presentes os demais elementos fático-jurídicos da relação de emprego, a conclusão no sentido do seu reconhecimento é, ou deveria ser, mero consectário lógico por parte do operador do Direito do Trabalho.

O acórdão utiliza-se desse argumento para concluir que o julgador deve diferenciar os “novos formatos de trabalho” das hipóteses típicas de fraude à relação de emprego, com vistas a “não frear o desenvolvimento socioeconômico do país no afã de aplicar as regras protetivas do Direito Laboral a toda e qualquer forma de trabalho”. No entanto, o equívoco desse argumento manifesta-se sob diversos aspectos.

De início, há uma atecnia na compreensão que pretende distinguir o trabalho sob um “novo formato” das “típicas” relações de emprego, na medida em que se trata de assuntos totalmente diferentes. Novamente, é oportuno ressaltar que o trabalho humano, independentemente de sua forma, da roupagem que lhe seja atribuída ou do instrumento contratual utilizado para regulá-lo, é sempre trabalho humano, estando, obviamente, sujeito à legislação correlata. Não há um “novo” Direito do Trabalho a partir da utilização das novas tecnologias; o que existe é um trabalho que se utiliza dessas ferramentas para otimizar determinados aspectos da atividade e que continua sujeito à mesma legislação de regência, nada mais (e nada menos) do que isso. Estando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, há que se reconhecê-la.

Para exemplificar a crítica que é feita nesse aspecto, basta pensar a respeito do momento histórico em que surgiram as máquinas de escrever,

possibilitando a substituição do papel e da caneta, ou mesmo quando aquelas puderam ser substituídas pelos computadores. Esses avanços tecnológicos não fizeram desaparecer toda a regulamentação do trabalho aplicável às mesmas atividades laborais que se utilizam desses instrumentos a cada marco disruptivo. Se assim fosse, seria dizer que um escritor deixou de ser escritor pelo simples fato de que não mais usa uma caneta, mas o teclado de um computador. O instrumento utilizado para trabalhar não se confunde com o trabalho em si: a atividade laboral desempenhada pelo ser humano mantém, assim, sua natureza jurídica.

Ainda nesse ponto, a intenção de não frear o desenvolvimento socioeconômico com a aplicação de regras protetivas do Direito do Trabalho é um argumento que não se sustenta sob qualquer perspectiva. Aliás, a consignação dessa ideia no acórdão sinaliza uma atecnia muito sintomática por parte do julgador, na medida em que não é facultado ao juiz escolher as normas trabalhistas que serão, ou não, aplicadas no caso concreto com base no critério protetivo. O princípio da proteção, além de ser pilar fundamental do Direito do Trabalho, visto que considera o desequilíbrio econômico inerente a cada um dos polos que constituem a relação de emprego, está geneticamente inserido em cada um dos dispositivos que constituem o ordenamento jurídico trabalhista, os quais devem ser interpretados de modo mais favorável ao empregado.

Ademais, a mitigação desse princípio somente é possível, em certa medida, no âmbito do direito processual do trabalho, jamais incidindo quando se está analisando aspectos do direito material do trabalho, como era o caso. Por derradeiro, há um argumento que nem sequer precisaria ser apontado e que, por si só, deita por terra a ideia defendida no acórdão: as regras protetivas do Direito Laboral não interferem negativamente no desenvolvimento socioeconômico, muito pelo contrário: o desenvolvimento nacional, conforme objetivado pela Constituição em seu art. 3º, inciso II<sup>[9]</sup>, deve ser alcançado segundo os ditames da justiça social, que norteia a ordem econômica, sendo esta fundada na valorização do trabalho humano, a teor da cabeça do art. 170<sup>[10]</sup> do Texto Constitucional, sendo, portanto, inconstitucional uma visão que tente estabelecer correlação entre a vigência de leis trabalhistas e entraves ao desenvolvimento econômico.

Mais adiante, ao analisar, especificamente, os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, o acórdão menciona que, no que se refere à

habitualidade, não há a obrigação de frequência predeterminada ou mínima pelo motorista para uso do aplicativo, podendo ele decidir os dias e a frequência do seu trabalho. Ora, o acórdão já se contradiz ao afirmar, no item anterior, que as novas relações de trabalho merecem uma distinção em relação às figuras típicas e, no momento de analisar a habitualidade, usa uma conceituação tão estreita e ultrapassada quanto a ausência de obrigação de frequência mínima.

A habitualidade deve ser analisada em conjunto com os demais elementos fático-jurídicos, em especial a subordinação e, nesse caso específico, com a onerosidade, visto que, se o trabalhador não estiver em atividade, não será remunerado. Esse argumento já é suficientemente sólido para demarcar a existência de habitualidade, uma vez que não se tem notícias de motoristas de aplicativo que desempenhem tal tarefa por exclusivo diletantismo. Eles até podem apreciar sua atividade laboral, mas trabalham porque precisam trabalhar. E, se estiverem desconectados do aplicativo, não recebem absolutamente nada.

Trata-se, portanto, de habitualidade pura e simples, e exceções de motoristas que exerçam a atividade apenas de forma eventual – o chamado *bico* – devem ser comprovadas, caso a caso, pela empresa. O imenso número de trabalhadores que exercem essa atividade já demonstra, por si só, que ela se constitui na principal fonte de renda da maior parte dos motoristas, de modo que eventual presunção nesse aspecto deve favorecer o trabalhador, ou seja, pressupor que há habitualidade, já que a atividade é fonte de sustento daquela pessoa.

Aliás, o art. 447 da CLT<sup>[11]</sup> aponta para esse entendimento, sendo, portanto, razoável pensar que caberia à empresa afastar aquela presunção relativa de habitualidade e comprovar que o trabalhador exercia a atividade apenas eventualmente, constituindo seu ônus probatório o fato extintivo do direito eventualmente pleiteado no que toca a este elemento, a teor do inciso II do art. 818 da CLT<sup>[12]</sup>. De qualquer forma, o próprio acórdão faz a ressalva de que a habitualidade não é um atributo exclusivo da relação de emprego, não sendo, portanto, um fator determinante para o seu reconhecimento.

O acórdão também refere que, no tocante à onerosidade, o fato de o motorista arcar com custos relativos à manutenção do automóvel, seguro e eventuais multas configura o caráter autônomo da prestação

de serviços, invertendo completamente a lógica que deve pautar a análise técnica da matéria. Ora, o fato de tais encargos serem suportados pelos motoristas não significa necessariamente que eles são autônomos; significa, isto sim, um reforço no entendimento de que há fraude na relação de emprego efetivamente existente.

Trata-se de um argumento que, se analisado detidamente, enfraquece o próprio entendimento que pretende defender, pois seria o mesmo que dizer que o fato de não haver adimplemento salarial em determinada relação laboral afastaria o elemento da onerosidade e, por conseguinte, eventual vínculo de emprego. De qualquer sorte, o próprio teor do acórdão deixou expresso que, no que se refere aos elementos concernentes à pessoa natural, à pessoalidade e à onerosidade nas atividades desenvolvidas por meio de aplicativo, inexistem maiores discussões, estando pacificada sua existência.

Por derradeiro, ao analisar o requisito da subordinação – que é, em regra, o mais importante dentre os elementos que constituem a relação de emprego –, o acórdão consignou que o motorista possui ampla autonomia para escolher os dias, horários e a forma do labor, podendo desligar o aplicativo a qualquer momento e pelo tempo que entender necessário, sem vinculação a metas determinadas pela empresa ou sanções decorrentes de sua escolha. Também referiu que a existência de um código de conduta e avaliações do motorista pelo cliente não significa ingerência no modo de trabalho prestado – sem, no entanto, justificar esse argumento sob qualquer fundamento. Por fim, consignou que não cabe ao Poder Judiciário ampliar conceitos jurídicos para abarcar a denominada subordinação estrutural a fim de reconhecer o vínculo.

A análise do acórdão em relação ao requisito da subordinação permite a identificação de diversas fragilidades e equívocos. A ampla autonomia mencionada, em verdade, inexistente. A simples afirmação de que o motorista pode desligar o aplicativo a qualquer momento tem a mesma força que a afirmação de que qualquer empregado pode abandonar seu local de trabalho a qualquer momento. De fato, em nenhuma hipótese é possível o cerceamento à liberdade física do trabalhador, podendo ele, caso assim deseje, abandonar suas atividades laborais quando desejar. Tal entendimento ignora a inexistência de legitimação de qualquer modalidade de servidão ou escravidão que vincule o corpo do trabalhador ao local de trabalho. No entanto, a conduta de não abandonar seu posto de

trabalho é razoavelmente esperada, não porque os empregados ao redor do mundo são autônomos e trabalham por prazer, mas simplesmente porque eles dependem – e não só eles, mas suas respectivas famílias – economicamente do exercício de suas atividades laborais.

Ademais, ao contrário do que se afirmou no acórdão, a subordinação estrutural não apenas pode, mas deve, ser reconhecida pelo Poder Judiciário, justamente pelo fato de que as relações sociais se modificam. Nesse ponto, é importante ressaltar que o controle das atividades prestadas por meio do aplicativo não é realizado com a presença física do empregador, mas através da própria tecnologia disponibilizada, o que se manifesta, entre outras peculiaridades, pelo fato de que os motoristas podem ser avaliados, ser suspensos ou até mesmo descredenciados da plataforma, além de haver um número máximo de corridas que eles podem recusar<sup>[13]</sup>. Essas características apontam, claramente, para a existência de controle e, portanto, de subordinação.

Por outro lado, a 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho já decidiu, nos autos do Agravo Regimental em Recurso de Revista n. 0100853-94.2019.5.01.0067, de relatoria do ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, pelo reconhecimento do vínculo de emprego entre um motorista de aplicativo e a empresa que explora a plataforma, com base na premissa de que a Uber não é uma empresa de aplicativos porque não se sustenta vendendo tecnologia digital para terceiros, mas sim transporte, o qual é vendido em troca de percentual sobre as corridas e por meio de aplicativo por ela desenvolvido. Essa premissa, por si só, já tem força suficiente para esgotar a discussão existente em torno do tema. No entanto, o acórdão aprofunda a análise da matéria ao diferenciá-la do trabalho autônomo, considerando, por exemplo, que os veículos dos motoristas são classificados seguindo regras estabelecidas pela empresa, e os trajetos e comportamentos são controlados.

Contudo, o ponto mais importante é, evidentemente, aquele que toca na subordinação. E, nesse aspecto, o acórdão, de forma muito precisa, se refere em sua fundamentação à figura da subordinação estrutural, que, fundada na dinâmica do processo produtivo, assumiu a posição da subordinação clássica, prevista no art. 3º da CLT<sup>[14]</sup>, considerando-se a dimensão da dependência econômica que deriva da impossibilidade de o trabalhador controlar os meios produtivos. A conjugação desse

dispositivo com o art. 6º, parágrafo único<sup>[15]</sup>, do texto celetista, o qual equipara os meios informatizados de comando, controle e supervisão aos meios pessoais e diretos, já seria, em uma primeira análise, suficiente para jogar luz na implacável conclusão de que, ainda que o trabalho seja prestado através de plataformas digitais, sua natureza jurídica não se descaracteriza. No entanto, a ideia de subordinação estrutural simplesmente não deixa dúvidas de que esse elemento existe em tais relações.

O julgado contextualiza a discussão ao referir as mudanças ocorridas no processo produtivo nos últimos anos, na medida em que o trabalho passou a ser realizado, cada vez mais, de forma descentralizada, informatizada e flexível, o que demanda, certamente, uma releitura dos conceitos que balizam a relação de emprego. Assim, embora haja uma nova organização do trabalho, com o aumento da velocidade das comunicações, o elemento central a ser analisado é a atividade desenvolvida pelo trabalhador e, no caso da Uber, especificamente, sua atividade precípua é o transporte de passageiros, e não o desenvolvimento de tecnologias e aplicativos. O seu nome original – Ubertaxi – já sinalizava sua atividade principal de forma muito clara, inclusive.

Em decisão da 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Recurso de Revista n. 0000271.74.2022.5.13.0026, de relatoria do ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, o vínculo não foi reconhecido em razão da ausência de subordinação jurídica, visto que, na compreensão dos julgadores, a empresa “não dava ordens aos motoristas nem coordenava a prestação do serviço”. O acórdão reforçou seu entendimento mencionando que o motorista podia ligar e desligar o aplicativo a qualquer momento e trabalhar no horário que preferisse, o que evidenciaria sua autonomia. Ademais, a 1ª Turma considerou irrelevante para o deslinde da controvérsia a necessidade de observância de regras mínimas de conduta estabelecidas pela empresa, considerando-as obrigações contratuais necessárias para manter a credibilidade do aplicativo e o sucesso do negócio.

No que se refere à ausência de ordens diretas, reitera-se que não há necessidade de que elas existam para que se configure o elemento da subordinação – em especial quando se trata de trabalho plataformizado. Da mesma forma, a coordenação da prestação de serviços também não precisa ser feita de forma ostensiva, nos moldes clássicos – a

exemplo do gerente que fiscaliza o trabalho de seus subordinados em determinado estabelecimento –, para que se verifique, em cada caso, se o empregador detém, efetivamente, o controle das atividades.

No entanto, a fundamentação do acórdão é ainda mais frágil quando se refere ao fato de o motorista poder livremente ligar e desligar o aplicativo, além de escolher os horários em que desenvolverá suas atividades, vinculando tais possibilidades a uma suposta autonomia do trabalhador. Ora, se o motorista desligar o aplicativo, ele não será remunerado. Da mesma forma, se ele trabalhar poucas horas por dia, não receberá o suficiente para sua subsistência, o que faz com que exista uma demanda decorrente dessa vinculação jurídica para que ele trabalhe mais horas – considerando-se, primordialmente, o fato de que ele não tem qualquer ingerência nas tarifas cobradas pelo aplicativo. A ele cabe trabalhar, o máximo de horas possível, para auferir uma remuneração que lhe permita sustentar a si e sua família, o que se agrava quando ele está descoberto de garantias trabalhistas e previdenciárias, além de estar inserido no contexto da *gamificação*, fatores que apenas contribuem para o fenômeno da erosão do Estado Social de Direito<sup>[16]</sup> idealizado pela Constituição da República.

Fica evidente, portanto, o equívoco em confundir autonomia com a possibilidade de desligar o aplicativo ou escolher o horário de trabalho. É rigorosamente o mesmo que afirmar que o empregado da fábrica possui autonomia para largar as ferramentas e sair do estabelecimento a qualquer momento. Não se trata de autonomia, mas sim de livre arbítrio sobre o próprio corpo. As consequências de tal conduta, no entanto, seriam a perda do emprego e da remuneração. Trata-se de uma obviedade que, à vista dos fundamentos apresentados no acórdão, merece ser reforçada.

Por fim, nem sequer é possível identificar as razões pelas quais o acórdão considerou irrelevante, para a configuração do vínculo, a necessidade de observância de regras mínimas de conduta estabelecidas pela empresa. Esse aspecto é extremamente significativo para a compreensão adequada da matéria, visto que, se a empresa impõe determinadas regras a serem observadas pelos motoristas, trata-se, evidentemente, de uma manifestação típica do poder diretivo do empregador. Aliás, é sintomático que esse ponto tenha sido referido sem a necessária

fundamentação, na medida em que constitui uma das características mais evidentes da existência do vínculo empregatício, já que se manifesta também para o âmbito externo a tal relação, qual seja, clientela.

Ainda, nesse ponto, salienta-se a possibilidade de que os usuários avaliem o trabalho dos motoristas, conforme estes se afastem ou não das regras impostas pelo empregador. Aproximar essas regras de meras "obrigações contratuais" necessárias para manter a "credibilidade do aplicativo" e o sucesso do negócio é totalmente incoerente; primeiro, porque o próprio vínculo de emprego é constituído por uma relação contratual – o contrato de trabalho –; segundo, porque tais argumentos poderiam ser utilizados por qualquer empregador que pretendesse fraudar a legislação trabalhista, bastando, com base nesse entendimento, afirmar que todas as ordens dadas a determinado trabalhador tinham a única intenção de manter sua credibilidade e o sucesso do seu empreendimento<sup>[17]</sup>.

Portanto, verifica-se uma grande fragilidade nos fundamentos das decisões do Tribunal Superior do Trabalho que afastaram o reconhecimento do vínculo de emprego entre os motoristas de aplicativo e as empresas titulares das respectivas plataformas, restando evidenciada a existência do elemento fático-jurídico da subordinação, conforme bem salientado na decisão que reconheceu esse vínculo. As características do trabalho platformizado, se analisadas à luz da legislação trabalhista vigente, da Constituição e da doutrina a respeito do tema, tornam clara a existência de todos os requisitos do vínculo nesse contexto laboral, não se sustentando nenhum argumento que favoreça o posicionamento que defende uma suposta autonomia desses trabalhadores.

Merece registro o recente reconhecimento, no Supremo Tribunal Federal, de repercussão geral da discussão relativa ao reconhecimento de vínculo empregatício entre motoristas de aplicativo de prestação de serviços de transporte e as empresas administradoras de plataforma digital<sup>[18]</sup>. Ainda, destaca-se a tramitação, no Congresso Nacional, de projeto de lei complementar proposto pelo Governo Federal para a regulamentação dessa modalidade de trabalho, estabelecendo mecanismos de inclusão previdenciária e direitos trabalhistas específicos a ela relativos<sup>[19]</sup>. Em ambos os casos, no entanto, ainda não há qualquer resultado jurídico concreto, embora sejam fatos ilustrativos da envergadura da temática.

Assim, embora a sociedade esteja, de fato, se modificando nos últimos anos no que se refere à forma como se desenvolvem as relações sociais – e, mais especificamente, as relações de trabalho, que não ficam alheias a essa dinâmica –, há que se atentar para análises técnicas e cuidadosas das questões jurídicas que são postas à apreciação do Poder Judiciário, a fim de que o operador do direito evite a tentação de impor convicções políticas ou ideológicas em tais apreciações. Em outras palavras, embora seja legítima a discussão acerca da modernização da legislação trabalhista<sup>[20]</sup>, ela não justifica que se atropelem institutos jurídicos cuidadosamente elaborados pelo legislador, pela doutrina e pela jurisprudência no afã de impor mudanças incompatíveis com a técnica que deve nortear a atuação da Justiça do Trabalho, sobretudo quando se trata de aspectos tão caros ao Direito do Trabalho como os elementos fático-jurídicos que constituem a relação de emprego.

## 4 Conclusões

O fenômeno da plataformização do trabalho representa, de forma muito significativa, as mudanças proporcionadas pelo avanço da tecnologia nas relações sociais ao redor do mundo. A praticidade oferecida aos usuários pelos aplicativos, aliada à redução de custos para o empregador, são alguns dos aspectos mais relevantes que explicam o surgimento e a disseminação desse fenômeno no mundo do trabalho contemporâneo. Por outro lado, os trabalhadores que exercem suas atividades vinculados a essas plataformas, como é o caso dos motoristas de aplicativos de transporte de passageiros, vivem uma realidade que se mostra preocupante no que concerne aos direitos trabalhistas fundamentais. A argumentação de que esses trabalhadores são autônomos, defendida pelas empresas titulares das plataformas, não se sustenta a partir de uma análise mais atenta das características da atividade desenvolvida, à luz do ordenamento trabalhista vigente.

O elemento da subordinação, ainda que se mostre, nesses casos, com uma nova roupagem, está presente, em especial considerando o efetivo controle que as plataformas exercem em relação ao trabalho desenvolvido pelos motoristas, o que se manifesta, entre outros elementos, pela possibilidade de que os motoristas sejam avaliados pelos usuários, suspensos ou descredenciados da plataforma e, além disso, seja

estabelecido um número máximo de corridas que eles podem recusar, ainda que tudo isso ocorra sem a presença física do empregador.

O agravamento do cenário ocasionado pela assunção de parte significativa dos riscos do empreendimento pelo próprio trabalhador, aliado a uma tendência de que as jornadas de trabalho sejam cada vez mais extensas e ao fato de que os trabalhadores frequentemente acreditem na ficção de que são empreendedores, torna ainda mais necessária e oportuna a correta compreensão do tema para que se resguardem os direitos mínimos dos trabalhadores que constituem o que se denomina, no Direito do Trabalho, de patamar civilizatório mínimo, conforme positivado nos incisos do art. 7º da Constituição da República.

Esse novo cenário está inserido em um contexto de crise do *mundo do trabalho*, ilustrado pelo incremento da informalidade e pela disseminação de ideias que, enxergando os direitos trabalhistas como entraves ao desenvolvimento econômico, defendem a precarização das relações de trabalho. O efeito de advertência permanente decorrente da crise dos espaços de confinamento, que leva o trabalhador a acreditar que está empreendendo, acarreta, entre inúmeros efeitos perniciosos ao seu bem-estar, jornadas de trabalho cada vez mais extensas, não observância dos períodos de descanso e aumento do risco de acidentes de trabalho.

A divergência de entendimentos no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho demonstra que há diferentes compreensões sobre o tema, as quais envolvem, em especial, o debate sobre a existência do elemento da subordinação em tais relações. No entanto, a análise dos fundamentos de cada um dos posicionamentos evidencia a fragilidade daqueles que entendem não haver vínculo de emprego em tais hipóteses, emergindo como sólida e tecnicamente adequada a fundamentação da decisão que reconheceu o vínculo.

Diante disso, a subordinação, embora sob nova roupagem, pode ser claramente identificada no trabalho plataformizado, desde que essa análise seja feita de forma atenta e norteada pela boa técnica jurídica. A importância do vínculo de emprego para o direito do trabalho é fundamental, em especial quando se está inserido em contextos incertos e nocivos para os direitos fundamentais do trabalhador. Aliás, a própria existência do Direito do Trabalho tem como fundamento a melhoria

das condições laborais dos trabalhadores, de modo que os elementos fático-jurídicos que caracterizam o vínculo de emprego não podem ser abordados de forma superficial, sob pena de, ao ignorar o bom manejo das técnicas jurídicas, solapar-se a realidade subjacente à forma.

## Referências

ABÍLIO, Ludmila Costhek; AMORIM, Henrique; GROHMANN, Rafael. Uberização e plataformização do trabalho no Brasil: conceitos, processos e formas. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 23, n. 57, p. 26-56, maio/ago. 2021.

AMOBITEC. Documentos apresentados pela Amobitec no grupo de trabalho sobre atividade intermediada por aplicativos. **Amobitec**, São Paulo, set. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdw4mt22>. Acesso em: 17 out. 2023.

ANGELO, Tiago. Há vínculo empregatício entre Uber e motorista, decide corte francesa. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/3dek8xf4>. Acesso em: 26 set. 2023.

ARAUJO, Adriane Reis de. Assédio moral organizacional. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 73, n. 2, p. 203-214, abr./jun. 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Complementar n. 12/2024. Dispõe sobre a relação de trabalho intermediado por empresas operadoras de aplicativos de transporte remunerado privado individual de passageiros em veículos automotores de quatro rodas e estabelece mecanismos de inclusão previdenciária e outros direitos para melhoria das condições de trabalho. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdfkmumc>. Acesso em: 24 maio 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Casa Civil, [2023]. Disponível em: <https://tinyurl.com/3976axa2>. Acesso em: 18 out. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Agravo regimental na reclamação n. 59.795/MG. Parecer AJT/PGR n. 908603/2023. Agravo regimental na reclamação. Alegação de ofensa à autoridade das decisões proferidas na ADPF 324/DF, na ADC 48/DF, na ADI 5.835/DF, no RE 958.252/MG (Tema 725 da repercussão geral) e no RE 688.223/PR (Tema 590 da repercussão geral). Ausência de esgotamento das instâncias ordinárias. Art. 988, § 5º, II, do CPC/2015. Impossibilidade de utilização da reclamação como sucedâneo recursal. Negativa de seguimento. Reconhecimento de vínculo empregatício

entre motorista de aplicativo e plataforma digital respectiva, em razão da constatação dos requisitos do vínculo de emprego, fundado nos arts. 2º, 3º e 9º da CLT. Ausência de aderência estrita entre o ato reclamado e as decisões paradigmas. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade. Negativa de seguimento. Relator: Min. Alexandre de Moraes. **DJ**: 23 maio 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/4e88ervf>. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n. 59.795/MG**. Trata-se de Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada por Cabify Agência de Serviços de Transporte de Passageiros Ltda., contra decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Processo n. 0010140.79.2022.5.03.0110), que teria desrespeitado o que decidido por esta Corte na ADC 48, na ADPF 324, no RE 958.252 (Tema 725-RG), na ADI 5835 MC/DF e no RE 688.223 (Tema 590-RG). Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, 19 de maio de 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2s38amsh>. Acesso em: maio 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema n. 1.291. Reconhecimento de vínculo empregatício entre motorista de aplicativo de prestação de serviços de transporte e a empresa administradora de plataforma digital. Relator: Min. Edson Fachin, 2 de março de 2023. **Portal do STF**, Brasília, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n92ch8n>. Acesso em: 24 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (4. Turma). Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 1092-82.2021.5.12.0045. Agravo de instrumento em recurso de revista do reclamante – vínculo de emprego entre motorista e plataformas tecnológicas ou aplicativos captadores de clientes (UBER do Brasil tecnologia LTDA.) – Impossibilidade de reconhecimento diante da ausência de subordinação jurídica – transcendência jurídica reconhecida – desprovisionamento. Relator: Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. **DJ**: 2 dez. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fd6rrzm>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo Regimental em Recurso de Revista n. 100853-94.2019.5.01.0067. Relator: Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte. **DJ**: 3 fev. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/32tbjt8j>. Acesso em: 16 out. 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 0000271.74.2022.5.13.0026. Recurso de revista interposto pela parte autora. Rito sumaríssimo. UBER e motorista de aplicativo. Inexistência dos elementos caracterizadores da relação empregatícia. Relator: Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior. **DJ**: 28 abr. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2h7ffwkz>. Acesso em: 17 out. 2023.

CASAGRANDE, Lucas; ZAMORA, Martín A. M.; OVIEDO, Carlos F. T. Motorista de Uber não é empreendedor. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 22, n. 2, p. 1-24, 2021.

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

FEIJÓ, Carmen. Presidente do TST propõe regulação de trabalho por aplicativos com base na realidade brasileira. **Portal do TST**, Brasília, jun. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/bddprumm>. Acesso em: 17 out. 2023.

KASSAB, Álvaro. O novo mundo do trabalho. O trabalho no novo mundo. **Jornal da Unicamp**, edição 354, p. 2-20, 9 a 15 de abril de 2007.

LARA, Lorena. Brasil tem 1,6 milhão de pessoas trabalhando como entregadores ou motoristas de aplicativos. **Portal G1**, São Paulo, abr. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n6p5hy4>. Acesso em: 17 out. 2023.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SILVESTRE, Bruno Modesto; NETO, Samuel Ribeiro dos Santos; AMARAL, Silvia Cristina Franco. "Sem tempo, irmão": o trabalho e o tempo livre de entregadores uberizados durante a pandemia de covid-19. **Revista Brasileira de Ciências do Esporte**, Volta Redonda, n. 43, p. 1-8, 2021.

SOUZA, Ilan Francisco de. A resiliência do conceito de subordinação jurídica e o motorista de aplicativo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, jun. 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/ntsw82f3>. Acesso em: 18 out. 2023.

UCHÔA-DE-OLIVEIRA, Flávia Manuella. Saúde do trabalhador e o aprofundamento da uberização do trabalho em tempos de pandemia. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 45, n. 22, p. 1-8, 2020.

VACLAVIK, Marcia Cristiane; OLTRAMARI, Andrea Poletto; OLIVEIRA, Sidinei Rocha de. Empresariando a informalidade: um debate teórico à luz da *gig economy*. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 248-258, mar./abr. 2022.

VIEIRA, Carlos Roberto Santos; ANTUNES, Elaine Di Diego. O trabalho nas economias colaborativas: a precarização e o discurso da glamourização. In: GUILHERME, Willian Douglas (org.). **A produção do conhecimento nas ciências sociais aplicadas 4**. Ponta Grossa-PR: Atena Editora, 2019. p. 236-242.

VIEIRA SOBRINHO, Hamilton. **Direito e tecnologia**: os mitos que auxiliam na erosão do estado social de direito em função do avanço da tecnologia. 2023. Tese (Pós-Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

ZARIFIAN, Philippe. Engajamento subjetivo, disciplina e controle. Trad.: Carmem Cacciaccaro. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 64, p. 23-31, nov. 2002.

## Notas

- [1] Nesse sentido, ver: Vieira, 2019, p. 241.
- [2] Quando se fala em uberização, não se está falando, necessariamente, da empresa Uber, mas sim da nova organização de trabalho representada e popularizada por ela (Casagrande *et al.*, 2021, p. 4).
- [3] Nesse sentido, ver: Lara, 2023.
- [4] Nesse sentido, ver: Delgado, 2019, p. 337.
- [5] “Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço” (Brasil, 1943).
- [6] Nesse sentido, ver: Martins, 2019, p. 357.
- [7] Nesse sentido, ver: Zarifan, 2002, p. 25.
- [8] *Ibidem*, p. 25.
- [9] “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
[...]  
II - garantir o desenvolvimento nacional;”
- [10] “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]”.
- [11] “Art. 447 - Na falta de acordo ou prova sobre condição essencial ao contrato verbal, esta se presume existente, como se a tivessem estatuído os interessados na conformidade dos preceitos jurídicos adequados à sua legitimidade” (Brasil, 1943).
- [12] “Art. 818. O ônus da prova incumbe:  
[...]  
II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante” (Brasil, 1943).
- [13] Nesse sentido, ver: Casagrande, 2021, p. 5.

- [14] “Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário” (Brasil, 1943).
- [15] “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” (Brasil, 1943).
- [16] Sobre esse fenômeno, ver Vieira Sobrinho, p. 146.
- [17] No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há decisões monocráticas proferidas em reclamações ajuizadas perante a Corte no sentido de cassar acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho que reconheceram o vínculo de emprego entre motoristas de aplicativo e a plataforma à qual estavam vinculados, com fundamento nos precedentes da Suprema Corte que autorizam a terceirização das atividades-fim. Embora não exista aderência estrita entre o instituto da terceirização e o reconhecimento do vínculo de emprego, conforme, inclusive, a Procuradoria-Geral da República assinalou em manifestação apresentada nos autos da Reclamação n. 59.795/MG, tais decisões, por ora, têm surtido o pernicioso efeito de, em última análise, afastar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a existência, ou não, do vínculo. No entanto, embora os assuntos se relacionem, os limites do presente ensaio não comportam uma análise mais esmiuçada do tema.
- [18] Trata-se do Tema n. 1.291 da Repercussão Geral do STF, de relatoria do ministro Edson Fachin.
- [19] Trata-se do PLP n. 12/2024, apresentado em 5 de março de 2024.
- [20] Em 1º de maio de 2023, foi criado, pela Presidência da República, o Grupo de Trabalho para a Regulamentação de Prestação de Serviços Intermediados por Plataformas Tecnológicas, composto por quinze representantes do governo, quinze representantes dos trabalhadores indicados pelas principais centrais sindicais e quinze representantes dos empregadores, incluindo membros de entidades patronais como a Associação Brasileira de Mobilidade e Tecnologia (Amobitec), com a finalidade de elaborar uma proposta de regulamentação das atividades de prestação de serviços, transporte de bens, transporte de pessoas e outras atividades executadas por intermédio de plataformas tecnológicas. No entanto, até o momento, não se chegou a uma definição.

# O Supremo Tribunal Federal e o federalismo cooperativo no enfrentamento à pandemia da covid-19

## *The Federal Supreme Court and federalism facing covid-19 pandemic*

Recebido em 10.07.2024 | Aprovado em 19.08.2024

*Amanda Carolina Silva Vinci*

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM).

**Resumo:** O objeto deste artigo é propor reflexões, a partir do método dedutivo, sobre a formulação de Estado adotada pelo País e como tal se mostrou ao longo da pandemia. Os séculos XVIII e XIX inauguraram o modelo clássico do federalismo, caracterizado por uma separação estanque das competências – entre privativas e exclusivas. Referido sistema de repartição não foi suficiente para atender ampliações progressivas conferidas aos poderes da União. O federalismo cooperativo representou nova conformação do Estado federal, ulteriormente aperfeiçoado pela Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Esse sistema é compatível com o nosso federalismo cooperativo, adotado pelo constituinte de 1988, no qual se tem uma coordenação de competências e atribuições dos diferentes níveis governamentais, que encontra expressão na competência concorrente partilhada pela União, estados e Distrito Federal para legislar (art. 24, XII, da CF), na competência comum a todos eles e aos municípios (art. 23, II, da CF). Por se tratar de uma moléstia que atingiu o País por inteiro, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a competência específica da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, da qual resultou a Lei n. 13.979/2020, não inibe a competência dos demais entes da federação no tocante à prestação de serviços da saúde. É necessária uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos, em particular para suprir lacunas ou omissões do governo central.

**Palavras-chave:** federalismo cooperativo; covid-19; saúde pública.

**Abstract:** The purpose of this project is to propose reflections, based on the deductive method, on the formulation of the State adopted by the country and how it has shown itself throughout the pandemic. The 18th and 19th centuries inaugurated the federalism's classic model characterized by the separation of competences – between private and exclusive. This distribution system was not enough to meet the progressive expansions attributed to the powers of the Union. Cooperative federalism represents the new conformation of the federal State, further improved by the Bonn's Fundamental Law, in 1949. This system is compatible with our cooperative federalism, adopted by the 1988 constituent, in which there is a coordination of competences and responsibilities at different governmental levels that finds expression in the concurrent competences shared by the Union, states and the Federal District to legislate (art. 24, XII, CF), in common competence among them and also the municipalities (art. 23, II, CF). Since we are facing a disease that affects the entire country, the Federal Supreme Court has already established that the specific competences of the Union on epidemiological surveillance, which resulted in the Federal Law no. 13.979/2020, does not inhibit the competence of other federation entities regarding the provision of health services. A strong proactive action by public agents is mainly required to fill gaps or omissions of the central government.

**Key-words:** cooperative federalism; covid-19; public health.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Noções iniciais – as feições do federalismo cooperativo tricotômico. 3 O federalismo e a democracia. 4 O modelo vertical de repartição de competências na Constituição Federal de 1988. 5 O Estado de Bem-Estar. 5.1 Corrigindo assimetrias de fato e de direito. 5.2 Precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADPF 770-MC e ACO 3451-MC. 6 Considerações finais.

## 1 Introdução

O pacto federativo encerra uma promessa do constituinte originário ao povo brasileiro ao assegurar que cada ente federado terá condições de prover o mínimo necessário à existência e manutenção da vida de cada um. Tanto é verdade que, em face de uma pandemia que assolou o cenário mundial, como é a do SARS-CoV-2, a atuação cooperada entre estados e municípios nunca foi tão imperativa, mormente se

considerarmos a omissão do ente central, na atual conjuntura, no quesito enfrentamento à covid-19.

O vírus tem assolado as realidades de milhões e, por essa razão, onde o Governo Federal deixou lacunas, o Poder Judiciário tentou colmatar alguns desses espaços. A partir da análise de dois precedentes paradigmáticos a respeito do tema, será possível observar como o federalismo é mais do que uma previsão constitucional, sendo um fundamento hábil a justificar a iniciativa de estados e municípios na proteção de suas respectivas populações, observado o peculiar interesse que guarda cada região.

A partir dos conflitos interinstitucionais, perpassaremos o resgate do direito à saúde, sobretudo sua manutenção, em um cenário que combina tensões políticas e sociais, ameaçando a efetivação do direito à saúde no contexto da pandemia no Brasil.

## **2 Noções iniciais – as feições do federalismo cooperativo tricotômico**

Com o passar dos anos, a configuração clássica do federalismo – a dual –, originalmente inaugurada pela Constituição dos Estados Unidos entre os séculos XVIII e XIX, mostrou-se insuficiente. A repartição horizontal e estanque das competências entre os entes federativos deixou em uma zona cinzenta aquelas competências que não eram privativas ou exclusivas – as residuais. De todo modo, a função precípua dessa modalidade de federalismo foi atingida – a limitação dos poderes da autoridade central –, inspirando a formulação de Estado que adotamos hoje no Brasil: o federalismo cooperativo.

Quando uma mesma matéria pode ser objeto legislativo de mais de um ente federativo, de forma cooperada, criam-se novas categorias destinadas a classificar as diversas espécies de competência que podem existir, ultrapassando o que se conhecia até então por privativas ou exclusivas. Abre-se espaço às competências concorrentes (legislativas) e comuns (administrativas).

Em sede de competências concorrentes, estas podem ser de duas espécies, conforme leciona Ferreira Filho. Sendo assim, elas se subdividem em cumulativas e não cumulativas. As primeiras são as que podem ser

afetas a todos os entes da federação, de maneira integral. As segundas, por sua vez, fracionam-se em níveis, cada qual numa esfera federativa. É dizer, enquanto um ente estabelece normas gerais, outro pode trazer normas específicas sobre determinado tema (Ferreira Filho, 1997, p. 182).

A Lei Fundamental de Bonn representou um grande marco nesse momento. Tal conformação de Estado federal, de atuação coordenada, demonstrou ainda maior preocupação no assentamento das bases de um Estado prestador. O indivíduo não apenas opõe seus direitos de primeira dimensão, mas exige uma atuação negativa do Estado, sua participação efetiva, em todos os níveis, como é o caso das matérias atinentes aos direitos sociais, por exemplo.

No Brasil, buscou-se por uma atuação menos centrípeta e mais centrífuga, dificultando a instituição de formas de governo totalitárias, na medida em que o ente central – a União – não é o único legitimado a pensar legislativamente sobre aquilo que é indispensável às pessoas, ainda que a tendência dominante seja centrípeta, tal qual a formulação dual (Mohn, 2010, p. 242). Além desses aspectos,

a organização federativa favorece a preservação das características locais, reservando uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada. Por tudo isso, o Estado Federal passou a ser visto como sendo mais favorável à defesa das liberdades do que o Estado centralizado. E, invertendo a concepção inicial, passou-se a considerá-lo a expressão mais avançada de descentralização política (Dallari, 2011, p. 231-232).

A exemplo da Alemanha, entre 1945 e 1949, o processo legislativo constitucional encontrava raízes na esfera política. Inspirados pelas Recomendações de Londres, de junho de 1948, pela Convenção Constituinte de *Herrenchiemsee*, foram discutidos os pilares fundamentais da democracia, do Estado de Direito, dos direitos, do federalismo, da separação dos poderes, das competências legislativas e administrativas, entre outros (Stolleis, 2008, p. 143).

Havia uma latente preocupação em reafirmar os direitos, sobretudo os de primeira dimensão, visando assegurar as garantias fundamentais e afirmar o indivíduo perante o Estado. Essa orientação ocasionou a ruptura da ordem político-social medieval, mormente através da separação dos poderes, caracterizável a partir do conceito de lei como

a única forma de manifestação do poder soberano através da produção legislativa, por meio da qual é possível classificar as funções jurídicas do novo modelo de Estado (Medeiros, 2008).

Referido modelo, inspirado pelo federalismo contemporâneo europeu, mais precisamente a Lei Fundamental de Bonn, teve a pretensão de tirar o melhor proveito da utilização das competências concorrentes, que haviam significado um avanço na Alemanha “no sentido de propiciar um relacionamento federativo balanceado, principalmente em função do tratamento que deu à competência legislativa” (Almeida, 2005, p. 76 *apud* Mohn, 2010, p. 220).

A primeira formulação do federalismo comportou uma dinâmica ainda muito simplista de divisão de competências, o que se aprimorou e pôde assumir diversas feições, mesmo em seus primeiros anos de existência, como foi o caso da organização dos Estados Unidos, mais próxima do federalismo de configuração originária e dual, ou a da Alemanha de Weimar, em 1919, ao assumir nova roupagem.

### **3 O federalismo e a democracia**

Existe uma forte conexão entre a democracia e o federalismo, o que nos conduz a uma configuração de Estado organizativa, distinta e independente dentro do que nossa legislação permite a cada ente, em seu âmbito de atribuição e discricionariedade. Aponta-se, por fim, um componente de segurança democrática presente no Estado federal. Nele, o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária –, mas também vertical, entre estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas.

Os estados-membros dispõem ainda de uma característica importantíssima: a autonomia. A autonomia implica, necessariamente, descentralização do poder, todavia não apenas administrativa, mas também política. Cada unidade federal conta com capacidade legislativa constitucionalmente reconhecida. Há no Estado Federal dúplice esfera de poder normativo sobre um mesmo território e sobre seus cidadãos, incidindo normas gerais da União e disposições complementares e ordinárias dos estados-membros.

Democracia e federalismo, se nos ativermos aos exemplos dos Estados Unidos e da Confederação Suíça, são compatíveis, sob determinados pressupostos concretos; e o federalismo, se a organização estatal formar nessa democracia os meios mais seguros para a descentralização. Em uma coletividade estatal que é, ao mesmo tempo, organizada federalmente e governada parlamentarmente no atual Reich alemão, o federalismo obtém, por conseguinte, duas novas justificativas: primeiro, ele é um meio de autêntica descentralização territorial e, segundo, ele pode, de forma análoga às anteriormente mencionadas separações autônomas da economia pública do Reich e às tentativas de "neutralização" ainda a serem discutidas, ser visto como antídoto contra os métodos de um pluralismo político-partidário (Schmitt, 2007, p. 139-140).

Nesta senda, ensina Dallari (2011, p. 230) que a base jurídica do Estado Federal é uma Constituição, de modo que todos os assuntos que possam interessar a qualquer dos componentes da federação devem ser conduzidos de acordo com as normas constitucionais. A Lei Maior ainda possibilita a esses entes a autonomia necessária ao compartilhamento do poder político. Matérias de grande relevo, como é o caso da saúde, que importam a todas as unidades federadas, são partilhadas pela União com os governos estaduais, dotados de autonomia política, podendo fixar sua própria orientação nos assuntos de seu interesse, desde que não contrariem a Constituição Federal.

Em relação à pandemia, durante o longo período de inércia do Governo Federal, estados se mobilizaram para pedir auxílio externo, em um cenário de descoordenação governamental, sem prejuízo da resiliência do sistema único de saúde que, apesar de subsistir em meio ao subfinanciamento, socorreu os estados e municípios. Dentro do contexto dessa crise sanitária sem precedentes, 68,95% dos valores destinados ao enfrentamento da covid-19 foram destinados aos governos subnacionais, o que representa 84,5% do total executado (Fernandes; Pereira, 2020).

Com vistas a uniformizar e aparelhar o sistema de saúde, foi editada a Lei n. 13.995/2020, que dispõe sobre a prestação de auxílio financeiro pela União às santas casas e hospitais filantrópicos, sem fins lucrativos, que participam de forma complementar do Sistema Único no exercício financeiro do ano de 2020. A União entregaria as verbas por meio dos fundos de saúde estaduais, distrital ou municipais com os quais

estivessem contratualizados, auxílio emergencial no montante de até R\$ 2.000.000.000 (dois bilhões de reais), preparando-os para trabalhar de forma coordenada com o Ministério da Saúde e com os gestores estaduais, distrital e municipais do SUS, nos termos do art. 1º, *caput*.

Ainda, o critério de rateio do auxílio financeiro previsto seria definido pelo Ministério da Saúde, sendo obrigatória a divulgação, com ampla transparência, dos montantes transferidos a cada entidade beneficiada por meio do respectivo fundo de saúde estadual, distrital ou municipal (§ 1º).

A integralidade do valor do auxílio financeiro recebido nos termos da Lei n. 13.995/2020 deveria ser, obrigatoriamente,

aplicada na aquisição de medicamentos, de suprimentos, de insumos e de produtos hospitalares para o atendimento adequado à população, na aquisição de equipamentos e na realização de pequenas reformas e adaptações físicas para aumento da oferta de leitos de terapia intensiva, bem como no respaldo ao aumento de gastos que as entidades terão com a definição de protocolos assistenciais específicos e com a contratação e o pagamento dos profissionais de saúde necessários para atender à demanda adicional (art. 3º).

Segundo Fernandes e Pereira (2020),

[a] distribuição dos recursos foi realizada em duas parcelas, por meio das portarias 1393 e 1448, publicadas em 21 e 29 de maio de 2020, respectivamente, e teve como base o quantitativo de leitos do SUS do CNES até a data de 12 de maio de 2020, das santas casas e dos hospitais filantrópicos constantes nos Planos de Contingências dos estados e Distrito Federal, e dos situados nos municípios que possuem presídios.

## **4 O modelo vertical de repartição de competências na Constituição Federal de 1988**

A repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim. Consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria. As constituições federais preveem, ainda, uma repartição de rendas, que vivifica a autonomia dos estados-membros e os habilita a desempenhar as suas competências, garantindo a realidade

da autonomia dos estados – e o mesmo vale para o Distrito Federal e para os municípios.

O modo como se repartem as competências indica que tipo de federalismo é adotado em cada país. A concentração de competências no ente central aponta para um modelo centralizador (também chamado centrípeto); uma opção pela distribuição mais ampla de poderes em favor dos estados-membros configura um modelo descentralizador (ou centrífugo). Havendo uma dosagem contrabalanceada de competências, fala-se em federalismo de equilíbrio (Mendes, Branco, 2014, p. 849).

O chamado modelo moderno responde às contingências da crescente complexidade da vida social, exigindo ação dirigente e unificada do Estado, em especial para enfrentar crises sociais e guerras. Isso favoreceu uma dilatação dos poderes da União com nova técnica de repartição de competências, em que se discriminam competências legislativas exclusivas do poder central e também uma competência comum ou concorrente, mista, a ser explorada tanto pela União como pelos Estados-membros (Mendes; Branco, 2014, p. 804).

O federalismo cooperativo deu azo a uma maior participação de uma esfera em outra no desempenho das competências. Sua configuração e os mecanismos adotados para a cooperação entre os entes federativos não foi uniforme nos diversos estados federais. A Federação é consubstanciada em um *Zeitgeist* iluminista (Sarlet; Marinoni, 2019, p. 58) ao trazer nova configuração ao ente estatal, promovendo maior autonomia entre União e estados federados através da repartição de tarefas.

Na espécie, a repartição das competências, diferentemente do modelo dual, não é horizontal, radicalmente separada e determinada, mas vertical, inspirada nas balizas alemãs para essa configuração de Estado,

cujo funcionamento não recai sobre as mesmas bases da norte-americana, mas sim na técnica de repartição vertical de competências (distribuição funcional) entre os entes federativos. Esse modelo tem suas origens na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar) e na Constituição austríaca de 1920, mas ganhou forma e aplicação nas Constituições desses países posteriores à 2ª Guerra Mundial (Mohn, 2010, p. 218).

O Brasil passou por um processo de descentralização do poder. No primeiro século (1889-1988), o federalismo ainda se mostrou pouco efetivo, vigendo de maneira meramente formal. Foi então que, em 1988,

essa formulação ganhou contornos, consolidando a redemocratização brasileira, todavia, contando com um passado bastante marcado pela concentração do poder nas mãos de poucos, a exemplo das oligarquias e, tempos depois, dos militares, fazendo do federalismo um refrigério em termos de descentralização do poder.

Conforme explica Mohn, no sistema constitucional atual,

convivem a repartição horizontal e a repartição vertical de competências. Sob a orientação de repartição horizontal, foram relacionadas as competências da União, no campo material [...], permanecendo os Estados com as competências remanescentes e os Municípios com as competências definidas indicativamente (Brasil, 1988, arts. 21, 22, 25 e 30). O Distrito Federal acumula as competências estaduais e municipais, com poucas exceções (arts. 21, XIII, XIV, e 22, XVII).

Quanto à repartição vertical, ela se aplica onde possa haver atuação concorrente dos entes federativos. Foram previstos domínios de execução comum, em que pode ocorrer a atuação concomitante e cooperativa entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 1988, art. 23). No campo legislativo, foram definidos domínios de legislação concorrente, nos quais a União estabelece as regras gerais a serem suplementadas pelos Estados, Distrito Federal e pelos Municípios (BRASIL, 1988, arts. 24 e 30, II).

De forma não sistemática, também há previsão de competência legislativa concorrente em alguns domínios que a Constituição atribui como privativos da União (BRASIL, 1988, art. 22, IX, XXI, XXIV, XXVII). Ainda nas matérias privativas da União, admite-se a possibilidade de delegação aos estados do poder de legislar sobre questões específicas (BRASIL, 1988, art. 22, par. único) (Mohn, 2010, p. 219-220).

Tem-se, portanto, uma repartição de competências muito mais sofisticada. Horta (2002, p. 446) entende que a

tarefa de reconstrução e de retificação não se limitou a repor o edifício demolido na sua arquitetura anterior [...] além da edificação reconstruída, para introduzir novos fundamentos e modernizar o federalismo constitucional brasileiro.

Foi algo, de fato, positivo, em prol do equilíbrio e da atuação conjunta dos entes em matérias que envolvem diversas esferas de poder, inclusive os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em estudos direcionados aos impactos da pandemia no orçamento, detectou amostras da relevância do direito e do acesso à saúde no Brasil nos valores planejados pela União para o Ministério da Saúde, descontados aqueles indicados para o Fundo Nacional de Saúde e também de emendas parlamentares. O planejamento condicionado do ano de 2020 apontava para um montante de 152,4 bilhões. Todavia, houve acentuada diferença entre os valores orçados pela União e o repasse aos entes. Em certa medida, esse fator pode ser limitante à implementação das políticas públicas.

Houve diferença de R\$ 107,9 bilhões de reais entre o orçado e o efetivamente pago (valor referente apenas ao montante indicado pela União)<sup>[1]</sup>. Tal discrepância, inclusive se pensada em uma fase inicial da pandemia, trouxe severos reflexos para os estados-membros, municípios e o Distrito Federal, dependentes de recursos financeiros da União. A demora na transferência de recursos orçamentários em um governo central majoritariamente avesso às temáticas relacionadas aos direitos humanos fez do Poder Judiciário – mais precisamente o Supremo Tribunal Federal – o garantidor do direito à saúde no País.

## 5 O Estado de Bem-Estar

O Estado, ao deixar seu papel não intervencionista para assumir nova postura, a de agente do desenvolvimento e da justiça social, oferece prestações positivas aos indivíduos (serviços de educação, saúde, previdência), o que corresponde a um direito destes a tais prestações. Leciona Agustín Gordillo que

a diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais, e é sobre essa base que constrói seus próprios princípios (Gordillo, 1977, p. 74).

Impõe-se ao Estado o dever de atingir objetivos sociais e atribui-se aos indivíduos o correlato direito de exigí-los. Os elementos do conceito de Estado Social e Democrático de Direito são, portanto:

a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado (Sunfeld, 2010, p. 53-54).

Por assim ser, o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. Nesse contexto, foi a partir da Constituição de 1934 que o constitucionalismo social foi inaugurado no Brasil. Isso significa afirmar que os direitos sociais, visando à promoção da igualdade material, passaram a ser constitucionalizados, aumentando, assim, o compromisso estatal com a efetividade dos referidos direitos, enfatizando os direitos coletivos, inspirados pela Constituição de Weimar, de 1919.

A União, ao legislar sobre as normas gerais, permite que os estados-membros possam participar ativamente na elaboração de suas medidas e na expressão da vontade do ente global (República Federativa do Brasil). Em se tratando da legislação concorrente, que reúne matérias de grande relevância para todos os entes, a legislação federal se impõe pela necessidade de legislação uniforme. Por isso, ao estabelecer diretrizes gerais, permite que o ente central participe na busca pela redução das desigualdades.

Em “Dilemas do Estado Federal Brasileiro”, Bercovici (2004) aponta a União como o ente responsável pela redução das desigualdades regionais à luz das normas constitucionais de 1988. Nesse sentido, o ente central passa a ocupar um papel fundamental na promoção de políticas públicas para fomentar o desenvolvimento regional, inclusive em países com disparidades sociais como o Brasil, empregando os fundos em suas relações federativas.

No governo atual, a atuação ao longo da pandemia, inclusive inicialmente, remanesceu sobre três pilares (Abrucio *et al.*, 2020, p. 669). O primeiro diz respeito à divisão rígida de funções entre níveis de governo, responsabilidades paulatinamente repassadas a estados e municípios, enquanto o ente central se distanciava do problema – em

termos de financiamento e apoio à redução das desigualdades territoriais, partindo da premissa de que estados e municípios são mais eficientes nas decisões de alocação de recursos.

A despeito da autonomia conferida pela Constituição para que os entes federados legislem, administrem e executem determinadas matérias, é equivocado pensar que tal divisão constitucional de competências outorga à União o direito de intervir minimamente no caos pandêmico que assolou a população brasileira. Isso só traz maior desigualdade entre governos subnacionais na provisão de serviços.

O segundo pilar traz a lume o dualismo. Malgrado se verifique pouca ou nenhuma intervenção do Governo Federal na operacionalização da prevenção e tratamento da covid-19 no Brasil, há concentração autocrática nas mãos da União em decisões que afetam entes subnacionais, a exemplo do que ocorre na região amazônica: “o conselho criado para cuidar desta questão excluiu governadores da região da estrutura de governança” (Abrucio *et al.*, 2020).

O último é o confronto intergovernamental, de discurso beligerante, monólogos que se resumem a atizar seu eleitorado e marcar posição antissistema, politizando a crise sanitária, banalizando perdas irreparáveis, negligenciando a saúde de uma população inteira ao assumir posição temerária, ao causar conflitos interinstitucionais como ferramenta para distrair as atenções do problema da pandemia no Brasil.

## **5.1 Corrigindo assimetrias de fato e de direito**

Ainda que a pedra axial dos estados federais seja a unidade, e sua experiência tenha se mostrado bem-sucedida, na prática, as tradições regionais exigem que sejam observadas as peculiaridades de cada ator federativo subnacional, a bem da manutenção e do respeito à diversidade. Existem assimetrias de fato e de direito, estas previstas na própria Constituição Federal, que fazem parte do nosso desenho institucional, compondo o maior desafio que se impõe a qualquer Federação.

É imprescindível que o arcabouço jurídico desenhado no texto constitucional consiga integrar as diversas ordens governamentais na execução de um único projeto nacional de desenvolvimento. Sobrelevam-se

muito as tensões entre constitucionalismo e ciência política. Devem ser instituídas metas que visem à uniformidade, velando pela manutenção do pacto federativo sob a égide de uma mesma Carta. Certo é que

o pressuposto de todo regime federativo é permitir que as partes se completem no todo nacional, de forma que a soma dos valores comungados pelos componentes do conjunto traduza-se em comandos informadores das verídicas exigências e expectativas que motivaram a criação da organização estatal (Oliveira, 2011, p. 3).

De acordo com o exposto adrede, as assimetrias, quando de fato, conformam a existência de desigualdades culturais, socioeconômicas, geográficas, ocasionando discrepâncias entre as unidades da federação. É o que o estado do Maranhão alegou na ADPF 770-MC<sup>[2]</sup>, conforme se verá oportunamente. Noutro giro, a assimetria de direito é imanente à própria Constituição Federal. De certa forma, é mais do que a razão de ser, senão condição das assimetrias políticas – ou de fato –, haja vista repousar

em fórmulas diferenciadas de distribuição de competências entre entes federados, além de serem albergadas em múltiplas alternativas de compatibilização das heterogeneidades regionais por meio de arranjos constitucionais encarregados de definir a feição de cada um dos Estados federais existentes (Oliveira, 2011, p. 4).

É cediço que o Brasil é uma das nações mais desiguais do mundo, e a pandemia da covid-19 só fez escancarar nossas desigualdades. A ausência de um sistema integrado de enfrentamento, tanto preventivo quanto curativo, tornou disfuncional a atuação do Brasil se comparada à de outros países que já vinham atentos à crise sanitária que estava prestes a se instaurar ante o caos pandêmico. O regime federativo mostrou-se insuficiente, e a comunicação entre os entes, ruidosa. Foram ignoradas as carências e necessidades tão prementes desde a vida pré-covid-19.

Contingências territoriais, tal qual nos foram apresentadas, desde a ausência de oxigênio nos cantos mais remotos do Brasil até o descaso reprovável da autoridade máxima do País, colidem frontalmente com o desenho do nosso Estado. O pacto federativo se insere no contexto de desigualdade e *desuniformidade* como a garantia ao cidadão de que cada unidade federal mobilizará esforços para atender suas necessidades, em especial a saúde.

A implementação de uma atuação em rede, em tempos de covid-19, nunca foi tão imperativa para a manutenção da democracia e da efetividade de direitos. O Poder Público deve administrar de forma dinâmica, atento às implicações fáticas de suas decisões, que devem ser condizentes com o contexto regionalizado de cada ente, ainda mais no que se refere à indução e à execução de políticas públicas em saúde, evitando a judicialização e se fazendo presente em todas as esferas de governo.

## 5.2 Precedentes do Supremo Tribunal Federal – ADPF 770-MC e ACO 3451-MC<sup>[3]</sup>

Segundo o Ministério da Saúde,

[a] covid-19 é uma infecção respiratória aguda causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, potencialmente grave, de elevada transmissibilidade e de distribuição global. O SARS-CoV-2 é um betacoronavírus descoberto em amostras de lavado broncoalveolar obtidas de pacientes com pneumonia de causa desconhecida na cidade de Wuhan, província de Hubei, China, em dezembro de 2019. Pertence ao subgênero Sarbecovírus, da família Coronaviridae, e é o sétimo coronavírus conhecido a infectar seres humanos<sup>[4]</sup>.

Em fevereiro de 2020,

[a] Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou que o Covid-19, causado pelo novo coronavírus, já é uma *pandemia*. Segundo a Organização, *pandemia* é a disseminação mundial de uma nova doença e o termo passa a ser usado quando uma *epidemia*, *surto* que afeta uma região, se espalha por diferentes continentes com *transmissão sustentada* de pessoa para pessoa (Fiocruz, 2021. Grifos no original).

Na atual conjuntura,

uma vacina eficaz e segura é reconhecida [mundialmente] como uma solução em potencial para o controle da pandemia, aliada à manutenção das medidas de prevenção já estabelecidas.

O primeiro programa de vacinação em massa no mundo começou no início de dezembro de 2020, foram administradas pelo menos 13 vacinas diferentes (em 4 plataformas). [...]

- As vacinas COVID-19 distribuídas para uso, até o momento, na Campanha Nacional são: Instituto Butantan (IB): *vacina adsorvida covid-19*. Fabricante: Sinovac Life Sciences Co., Ltd. *Parceria: Sinovac/Butantan*.
- Fundação Oswaldo Cruz - Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos - BioManguinhos (Fiocruz/BioManguinhos): *vacina covid-19 (recombinante)*. Fabricante: Serum Institute of India Pvt. Ltd. *Parceria AstraZeneca/Fiocruz*.
- Fundação Oswaldo Cruz - Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos - BioManguinhos (Fiocruz/BioManguinhos): *vacina covid-19 (recombinante)*. Fabricante: Fiocruz/BioManguinhos. *Parceria: AstraZeneca/Fiocruz*.
- AstraZeneca: *vacina contra covid-19 (ChAdOx1-S (recombinante))*. Vacina oriunda do consórcio Covax Facility.
- Pfizer/Wyeth: *vacina covid-19 (RNAm) (Comirnaty) – Pfizer/Wyeth*
- Janssen: *vacina covid-19 (recombinante)*. Vacina oriunda do consórcio Covax Facility).

[...]

Considerando a transmissibilidade da covid-19 [...], cerca de 60 a 70% da população precisaria estar imune (assumindo uma população com interação homogênea) para interromper cadeias da circulação do vírus. Desta forma, seria necessária a vacinação de 85% ou mais da população para redução considerável da doença, a depender da efetividade da vacina em prevenir a transmissão.

Portanto, em um momento inicial, no qual não existe ampla disponibilidade da vacina no mercado mundial, o objetivo principal da vacinação passa a ser focado em reduzir a morbimortalidade causada pelo Covid-19, bem como, proteger a força de trabalho para manutenção do funcionamento dos serviços de saúde e dos serviços essenciais (Brasil, 2022).

À guisa de exemplo, trazemos à luz a ACO 3.451:

Trata-se de ação cível originária, com pedido de tutela provisória de urgência, ajuizada pelo Estado do Maranhão contra a União, alegando que o Governo Federal, por razões de índole política ou ideológica, [havia] deixado de adotar medidas necessárias à promoção do direito fundamental à saúde, em especial no que tange a elaboração e execução de um plano de imunização da população brasileira<sup>[5]</sup>.

Em suas razões, alega o Estado do Maranhão que sua localização geográfica e as dificuldades de acesso às populações indígenas, ribeirinhas, assentados, quilombolas, entre outras, são fatores que precisam ser considerados pelo Plano Nacional de Imunizações (PNI) e que a inconstitucional omissão da União em frente à crise sanitária causada pela pandemia da covid-19 legitima a atuação dos entes na efetivação do direito à saúde, com arrimo no art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.259/1975.

Assim, requereu à Excelsa Corte o deferimento da tutela provisória de urgência antecipada para declarar e, após, confirmar a ordem liminar para: I) conferir a possibilidade de o Estado do Maranhão deflagrar a elaboração e execução de plano de imunização no âmbito do seu território, inclusive buscando a celebração de acordos para aquisição direta de vacinas nos termos previstos pelo art. 3º, inciso VIII, alínea a, da Lei n. 13.797/2020, (*vide* ADPF 672 e ADI 6341); II) determinar que a União concedesse auxílio financeiro ao estado para a aquisição das vacinas ou, alternativamente, permitir a compensação das despesas com a implementação de sua política regional de imunização a partir das dívidas com a União; III) que fosse determinado à União que se abstivesse de praticar qualquer ato no sentido de restringir a adoção das providências necessárias para garantir a imunização da sua população, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000.000 (um milhão de reais).

Acordaram os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário, por unanimidade, em referendar a medida liminar pleiteada em favor do Estado do Maranhão. Em seu voto, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, defende uma atuação fortemente proativa dos agentes públicos de todos os níveis governamentais, sobretudo mediante a implementação de programas universais de vacinação. Lembrou, por oportuno, que o Brasil, nos termos da Constituição de 1988, adotou a forma federal de Estado (art. 1º, *caput*).

Pontuou o ministro a existência de um dever irrenunciável do Estado brasileiro de zelar pela saúde de todos os que se encontrem sob sua jurisdição. Referida obrigação do ente público apresenta uma dimensão objetiva e institucional, que se revela, no plano administrativo, pelo Sistema Único de Saúde (SUS), compatível com o federalismo cooperativo de 1988, que encontra expressão, quanto à temática aqui tratada, na competência concorrente partilhada pela União, estados e Distrito

Federal para legislar sobre a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos municípios de “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF).

A despeito da competência inafastável da União para tratar de uma moléstia que atinge todo o País (art. 21, XVIII, Constituição Federal) e da incumbência do Ministério da Saúde de coordenar o PNI, definindo as vacinas integrantes do calendário nacional de imunizações, tal atribuição não exclui a competência dos estados, do Distrito Federal e dos municípios para adaptação às peculiaridades locais, no típico exercício da competência comum de que dispõem para “cuidar da saúde e assistência pública” (art. 23, II, da CF) (vide ADI 6.341-MC-Ref/DF; ADPF 672-MC-Ref/DF).

O federalismo cooperativo, antes mencionado, longe de ser mera peça retórica, exige que os entes federativos se apoiem mutuamente, deixando de lado eventuais divergências ideológicas ou partidárias dos respectivos governantes, sobretudo diante da grave crise sanitária e econômica decorrente da calamidade pública causada pelo novo coronavírus. [Por essa razão], os entes regionais e locais não podem ser alijados do combate à Covid-19, notadamente porque estão investidos do poder-dever de empreender as medidas necessárias para o enfrentamento da emergência sanitária resultante do alastramento incontido da doença<sup>[6]</sup>.

Ademais, a Lei n. 13.979/2020, ao fazer menção às “autoridades”, não fez qualquer distinção entre os diversos níveis político-administrativos da federação.

Concluiu o ministro que a defesa da saúde incumbe não apenas à União, mas também a qualquer das unidades federadas, seja por meio da edição de normas legais, respeitadas as suas competências, seja mediante a realização de ações administrativas, sem que dependam da autorização de outros níveis governamentais para levá-las a efeito, cumprindo-lhes, apenas, consultar o interesse público que têm a obrigação de preservar. Nesse mesmo sentido, acordaram os ministros, por unanimidade, na ADPF 770, acompanhando o voto da lavra do ministro relator Ricardo Lewandowski.

A função primeira e objetivo último de qualquer Estado é utilizar-se de sua autoridade para tutelar, da maneira mais integral possível,

os direitos, mormente os que se concentram na esfera social, que demandam prestações positivas. No caso da saúde, a tutela é preocupação inclusive na ordem internacional, em larga escala. É matéria objeto de tratados e convenções, mediante cooperação sanitária. É direito formalmente previsto e reconhecido como o direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (1966); no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); na Declaração de Viena (1993); na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1966); e no Protocolo de San Salvador (1988).

No Estado Social e Democrático de Direito, poderes e entes devem orientar-se pela efetividade máxima dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário exerce função para além da fiscalizatória. Auxilia a mover as engrenagens dos demais poderes, malgrado esteja constitucionalmente vinculado à política estatal (Ferraz Junior, 1994, p. 12-14)<sup>[7]</sup>.

## **6 Considerações finais**

Em governos com fortes tendências ao totalitarismo, o papel do Judiciário ganha relevo quanto à efetivação de direitos. Isso porque a centralização não coaduna com o desenho do Estado federal, pensado, precisamente, para coibir práticas que tais. A divisão de tarefas oriunda da repartição de competências é pressuposto da cooperação em que está calcado o federalismo. Em razão disso, a crise político-institucional também se tornou uma realidade no enfrentamento à pandemia. A vacinação, nesse contexto, é a única medida preventiva que temos. Estados e municípios se desdobraram para desafogar o sistema de saúde, fazendo as vezes do Governo Federal.

A repartição das competências constitucionais deve ir além do que há formalmente previsto; é preciso colocar os mandamentos constitucionais em prática, observadas as realidades de cada região do País. Todos os entes federados devem, em certa medida, se auxiliar, seja mediante cooperação direta, seja a partir de consórcios. O Poder Judiciário, quando acionado, consignou a autonomia dos subnacionais para estabelecerem as suas diretrizes no combate à covid-19, enquanto a

União permaneceu silente. Louváveis as decisões do Supremo Tribunal Federal ao conceder aos subnacionais a oportunidade de estabelecerem suas próprias diretrizes no enfrentamento à doença.

Na ausência de um plano uniforme e coordenado, restam poucas opções, senão a atuação autônoma dos entes em face da pandemia, em nome da nossa configuração de Estado – uma República ativa e de bem-estar. Nossa excelsa Corte devolveu e nos reaproximou do federalismo ao afastar os ideais totalitaristas que ameaçam nossa forma de Estado e a democracia.

## Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; GRIN, Eduardo José; FRANZESE, Cibele; SEGATTO, Catarina Ianni; COUTO, Cláudio Gonçalves. Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, jul./ago. 2020. [on-line].

AGUIAR, Severiano José Costandrade de; SANTOS, Júlio Edstron S. O coronavírus e a necessidade dos tribunais de contas incentivarem o aprimoramento do federalismo cooperativo brasileiro. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 42-76, jul./dez. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do estado federal brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a covid-19**. 12. ed. Brasília: Secretaria Extraordinária de Enfrentamento à covid-19, 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Gustavo Andrey de Almeida Lopes; PEREIRA, Blenda Leite Saturnino. Os desafios do financiamento do enfrentamento à COVID-19 no SUS dentro do pacto federativo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 595-613, jul./ago. 2020.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 12-21, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz. O que é uma pandemia. Notícias e Artigos. **Fiocruz**, Rio de Janeiro, 28 jul. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdf4pe9a>. Acesso em: 17 jan. 2022.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público**. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, p. 195-205, abr./jun. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOHN, Paulo. A repartição de competências na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa - RIL**, Brasília, v. 47, n. 187, p. 215-244, jul./set. 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/5n7j59s8>. Acesso em: 7 mar. 2020.

OLIVEIRA, Ricardo Victalino de. Contornos teóricos do conceito de assimetria federativa: relevância e aplicabilidade da tese do federalismo assimétrico em estados compostos heterogêneos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 100, n. 914, p. 117-156, dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Durham/London: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STOLLEIS, Michael. **O direito público na Alemanha**: uma introdução a sua história do século XVI ao XXI. Coordenação de Ricardo Campos. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2010.

## Notas

- [1] “Os dados orçamentários foram gestados em apenas três meses de ação, sendo, portanto, uma virtude contida na indicação de vultosos recursos de mais de 223 bilhões de reais. Porém, não se deve deixar de perceber que há um hiato entre o autorizado e o efetivamente pago de mais de 300%, mesmo com a edição de leis e medidas provisórias que flexibilizaram os processos de contratação pública” (Aguiar; Santos, 2020, p. 62).
- [2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 770-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 24.2.2021. Publicação: **DJe** 1º mar. 2021.
- [3] Pesquisa elaborada em 2 de outubro de 2021, no indexador do Supremo Tribunal Federal. Filtros de busca: “federalismo cooperativo” e “vacina”. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).
- [4] BRASIL. Ministério da Saúde. Covid-19. Brasília: Ministério da Saúde, [2019?]. Disponível em: <https://tinyurl.com/syp2jnpv>. Acesso em: 23 ago. 2024.
- [5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Cível Originária: ACO 3.451-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Publicação: **DJe** n. 238 de 23 nov. 2022.
- [6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6.586-DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 17.12.2020. Publicado em: **DJe** 7 abr. 2021.
- [7] Nesse sentido, fazemos menção ao Tema 793 da repercussão geral em Recurso Extraordinário n. 855.178/SE (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 855.178-RG/SE. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 5.3.2015. Publicação: **DJe** 16 mar. 2015).

# A ratificação da Convenção n. 190 da OIT como instrumento de promoção da igualdade nas relações de trabalho

## *Ratification of ILO Convention no. 190 as an instrument to promote equality in labor relations*

Recebido em 2.9.2024 | Aprovado em 6.9.2024

*Luiza Fortes Molina Morelli*

Servidora no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária de Rondônia. Especialista em Direitos Humanos pela PUC/PR.

*Brenno Augusto Freire Menezes*

Servidor no Ministério Público do Trabalho da 20ª Região – lotado na Procuradoria do Município de Itabaiana-SE. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade Católica de Rondônia.

**Resumo:** O presente estudo analisou a necessidade de ratificação pelo Brasil da Convenção n. 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como ferramenta de promoção da igualdade nas relações de trabalho. O referido tratado internacional reconhece que a violência e o assédio, moral ou sexual, praticados nas relações laborais afrontam o direito humano ao trabalho decente. Além disso, considerando a persistência do cenário de desigualdade de gênero, a Convenção dá especial enfoque à melhoria das condições de trabalho das mulheres. Para tanto, foram apresentados dados teóricos obtidos através das pesquisas bibliográfica e documental, utilizando-se da metodologia qualitativa e do método hipotético-dedutivo. Nesse sentido, a partir da revisão da literatura existente, este estudo buscou demonstrar

os impactos positivos, chegando-se à conclusão de que a ratificação do referido instrumento pelo Brasil funcionará como importante mecanismo de promoção de igualdade das minorias, em especial as mulheres, nas relações de trabalho.

**Palavras-chave:** Convenção n. 190 da OIT; assédio moral; assédio sexual; promoção da igualdade; discriminação de gênero.

**Abstract:** This study analyzed the need for Brazil to ratify Convention 190 of the International Labor Organization (ILO) as a tool for promoting equality in labor relations. This international treaty recognizes that violence and harassment, whether moral or sexual, practiced in labour relations, violate the human right to decent work. Furthermore, considering the persistence of gender inequality, the Convention places special emphasis on improving women's working conditions. To this end, theoretical data obtained through bibliographical and documentary research was presented, using qualitative methodology and the hypothetical-deductive method. In this sense, this research, based on a review of the existing literature, sought to demonstrate the positive impacts, reaching the conclusion that Brazil's ratification of this instrument will serve as an important tool for promoting equality for minorities, especially women in labor relations.

**Keywords:** ILO Convention no. 190; moral harassment; sexual harassment; promotion of equality; gender discrimination.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A problemática dos assédios moral e sexual nas relações de trabalho. 2.1 Assédio moral nas relações de trabalho. 2.2 Assédio sexual nas relações de trabalho. 3 Apontamentos sobre a Convenção n. 190 da OIT e o direito humano à igualdade no trabalho. 4 A ratificação da Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho como instrumento de promoção da igualdade nas relações de trabalho. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

A promoção do trabalho decente e em condições de igualdade para mulheres é assunto atual e urgente. Ainda hoje, segundo estudos da Conferência Internacional do Trabalho, elas recebem, em média, vinte por cento a menos que os homens por trabalho de igual valor. Além disso, têm maiores probabilidades de serem vítimas de assédio e violência no trabalho, independentemente do cargo que ocupem.

Alerta a esse problema, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) vinha, há alguns anos, realizando estudos e discussões acerca do tema, os quais resultaram na Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho, primeiro documento da organização a versar especificamente sobre o tema. Todavia, a Convenção ainda não foi ratificada pelo Estado brasileiro.

O presente artigo tem como objetivo principal analisar a necessidade de ratificação, pelo Brasil, da Convenção n. 190 da OIT como instrumento de promoção da igualdade no mercado de trabalho, apontando os diversos impactos positivos do compromisso brasileiro com o aludido tratado para a inserção, manutenção e ascensão de mulheres no mercado de trabalho.

De modo a atingir tal objetivo, será feita a correlação do documento com outras convenções da OIT ligadas à temática, bem como com os dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro já existentes, para, então, buscar definir os impactos positivos que a ratificação do documento terá para as relações laborais brasileiras.

O estudo da Convenção n. 190 é de extrema importância não só para a comunidade jurídica, mas para a sociedade como um todo, tendo em vista que garantir um trabalho livre de assédio e violência é garantir o trabalho decente, direito de todos, reconhecido nacional e internacionalmente. O conceito de trabalho decente<sup>[1]</sup> tutela não apenas o acesso a um posto de trabalho, mas o acesso a um trabalho que promova e respeite os direitos dos trabalhadores, em especial à vida e à saúde física e psíquica.

Nesse sentido, considerando que, das mulheres que trabalham ou já trabalharam, 76% já vivenciaram situações de violência ou abuso, e que tais práticas afetam não só a saúde física das trabalhadoras, mas também a psicológica, refletindo na prestação do serviço e também em sua vida familiar e social, os documentos analisados neste estudo representam inegável avanço, consistindo em marcos no fortalecimento do trabalho decente, objetivo da OIT. Quanto ao Brasil, carente de legislação sobre o tema, sua ratificação se torna ainda mais necessária.

O estudo está estruturado em cinco seções, incluindo esta introdução. A segunda seção aborda a problemática dos assédios moral e sexual nas relações laborais, seus efeitos deletérios para os trabalhadores e a omissão legislativa brasileira que permite a perpetuação das referidas

práticas A terceira seção apresenta revisão de literatura acerca das convenções da OIT que tratam da desigualdade de gênero, aborda o conceito de trabalho decente e traz uma análise da legislação existente no Brasil acerca de violência, assédio e discriminação de gênero nas relações laborais, incluindo a Convenção n. 190 da OIT, objeto do presente estudo. A quarta seção apresenta conclusões a respeito dos impactos positivos advindos da ratificação e implementação da Convenção pelo Estado brasileiro. Na derradeira seção, são tecidas as considerações finais.

Para o desenvolvimento desta pesquisa hipotético-dedutiva de cunho qualitativo, foram levantadas informações em fontes bibliográficas e documentais, dentre elas doutrinas e artigos científicos pátrios e supranacionais que tratam da temática a seguir abordada.

## **2 A problemática dos assédios moral e sexual nas relações de trabalho**

Apesar da evolução dos mecanismos de combate, é possível notar que a violência, os maus tratos e agressões permanecem presentes e constantes em nosso cotidiano, em todos os âmbitos, inclusive no laboral.

Dentre os referidos comportamentos, destacam-se os assédios moral e sexual praticados pelo empregador e até mesmo por colegas de trabalho, os quais causam inúmeros prejuízos à saúde psíquica e física de suas vítimas, merecendo a devida reprimenda, em especial por parte do Estado.

### **2.1 Assédio moral nas relações de trabalho**

Segundo a melhor doutrina, o assédio moral no trabalho se configura com a prática de qualquer conduta abusiva, seja por gestos, palavras, comportamentos e atitudes que atentem, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima no meio ambiente laboral (Hirigoyen, 2010, p. 64).

Trata-se de conduta que busca desestabilizar o emocional da vítima, fazendo com que ela enfrente duros constrangimentos, vexames e abalos psíquicos.

Conforme pontuado por Barreto (2003), o assédio moral se dá de forma sutil nas mais diversas manifestações, como por exemplo: desqualificar profissionalmente; espalhar boatos; assediar e chamar a atenção em público; esconder uma ferramenta de trabalho e acusar a vítima pelo sumiço; entre outras situações. Esse tipo de assédio pode se dar de diferentes formas, sendo as mais recorrentes a vertical, a horizontal, a organizacional e o *bossing*.

O assédio vertical ou descendente é aquele que ocorre quando as condutas abusivas partem do empregador ou de outros sujeitos em posição hierárquica superior contra os trabalhadores, enquanto no horizontal ou ascendente, extremamente raro de acontecer, as atitudes agressivas partem de uma pessoa ou várias de grau hierárquico inferior ao da vítima (Thome, 2008).

O assédio moral organizacional é o processo reiterado de condutas abusivas amparadas por estratégias organizacionais ou por métodos gerenciais que objetivam o cumprimento de metas ou a adesão a políticas institucionais a qualquer custo. Por fim, o assédio vertical + descendente ou *bossing*, alcunhado recentemente na obra de Miziara (2019), resta configurado quando ocupantes de cargos de direção na empresa praticam comportamentos abusivos contra empregados que os incomodam, de modo que estes peçam demissão e a empresa reduza gastos provenientes de uma demissão sem justa causa.

Cumprе ressaltar que a aludida modalidade de assédio pode ser utilizada como ferramenta de discriminação de gênero por meio dos seguintes comportamentos: I) criação de obstáculos para que gestantes compareçam a consultas médicas; II) exigência às empregadas para que não engravidem ou imposição de dificuldades de ascensão profissional às trabalhadoras que venham a engravidar; III) desconsideração da opinião técnica da mulher em sua área de conhecimento.

São vários os efeitos deletérios causados por essa modalidade de violência laboral. Em sua obra *Violência, saúde e trabalho*, Barreto (2003) destaca os seguintes problemas que podem ser apresentados pelo trabalhador vítima de assédio moral: tristeza, sensação de inutilidade, diminuição da libido, pensamentos confusos, insegurança, pensamentos de suicídio, vontade de vingar-se, medo exagerado, aumento da pressão arterial, entre outros.

Indo um pouco além, Pereira (2012) ressalta que as agressões sofridas pelas vítimas trazem consequências, causando distúrbios físicos. Na maioria das vezes, as pessoas sofrem de problemas do aparelho respiratório, como falta de ar e sensação de sufocamento, e do aparelho digestivo, além de sintomas como dores musculares, dor de cabeça, dor na coluna, dificuldade de concentração, perda de memória, insônia, chegando a desenvolver até depressão.

No mais, cumpre pontuar que os trabalhadores encontram inúmeros obstáculos quando precisam provar que são vítimas da violência ora versada, sendo raras as provas materiais a serem produzidas nesse caso, problemática que se agrava, segundo (Rufino, 2006), em razão da ausência de legislação nacional que trate deste tema.

Sobre a referida omissão, cumpre ressaltar que o Projeto de Lei n. 4742 de 2001, que tipifica o crime de assédio moral no meio ambiente laboral, só foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 12.3.2019, seguindo para votação no Senado. Todavia, até a data de 10/10/2023, a aludida matéria ainda não havia sido votada pela Câmara alta. No ano de 2021, foi proposto projeto de lei que discriminaria as condutas que caracterizam assédio moral praticado pelos empregadores contra os empregados, causadoras de dano extrapatrimonial, suscetíveis de indenização (PL n. 2203/2021). Entretanto, o projeto não chegou nem a ser discutido, sendo arquivado em 22.12.2022, ao final daquela legislatura.

Até o ano de 2023, só há notícias de leis que combatem o assédio moral nas relações de trabalho no âmbito da administração pública; citam-se como exemplos: Lei n. 1.163, de 24.4.2000 (Iracemápolis-SP); Lei n. 3.243, de 15.5.2001 (Cascavel-PR); Lei n. 358, de 19.7.2011 (Guarulhos-SP); Lei n. 1.078, de 5.11.2001 (Sidrolândia-MS); Lei n. 2.982, de 17.12.2001 (Jaboticabal-SP); Lei n. 2.120, de 20.11.2001 (Ubatuba-SP); Lei Complementar n. 498, de 19.12.2003 (Porto Alegre-RS); Lei n. 9.225, de 27.4.2010 (Santo André-SP); Lei n. 4.205, de 4.5.2006 (Catanduva-SP); e Lei n. 9.875, de 20.12.2022 (Belém-PA).

Contudo, apesar da omissão legislativa federal quanto ao tema, não há na jurisprudência trabalhista óbice à responsabilização dos infratores. Nesse sentido, vide RRAg-11389-33.2015.5.01.0024 e RRAg-1000578-05.2017.5.02.0022.

## 2.2 Assédio sexual nas relações de trabalho

Na seara trabalhista, o assédio sexual possui conceito bem mais amplo que o previsto no Código Penal, no qual a conduta foi tipificada como crime, nos termos do art. 216-A, que assim prescreve:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho, o assédio sexual no âmbito laboral pode ser conceituado como a conduta de natureza sexual, manifestada fisicamente, por palavras, gestos ou outros meios, proposta ou imposta a pessoas contra sua vontade, causando-lhe constrangimento e violando a sua liberdade sexual.

Indo além, Delgado (2017) define o assédio sexual como a conduta de importunação reiterada e maliciosa, explícita ou não, com interesse e conotações libidinosos, de uma pessoa física em relação a outra, sendo, regra geral, as mulheres as vítimas principais dessa prática no mundo laborativo.

Essa modalidade de assédio se diferencia do assédio moral, tendo em vista que o assédio sexual, nas palavras de Pamplona Filho *et al.* (2016), atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere sua dignidade psíquica.

O assédio sexual é dividido em duas espécies, podendo se dar por chantagem ou por intimidação. O assédio sexual por chantagem, ou *quid pro quo*, conforme lição de Santos (2002), resta configurado quando há a prática de ato, físico ou verbal, de alguém visando a molestar outrem, do mesmo sexo ou do sexo oposto, no trabalho ou em razão dele, aproveitando-se o assediador da condição de superior hierárquico ou de ascensão econômica sobre o assediado. Já o assédio por intimidação ou horizontal é aquele que ocorre entre empregados, não havendo necessariamente uma relação de hierarquia, com intenção de restringir, sem justo motivo, a atuação de alguém no labor ou de criar uma circunstância ofensiva ou abusiva ou um ambiente laboral hostil, ainda que o assediado não venha a sofrer punição ou a perder a posição funcional ostentada antes do assédio (Santos, 2002).

Assim como na modalidade moral, o assédio sexual pode desencadear inúmeros efeitos deletérios em suas vítimas, de cunho predominantemente psicológico, como por exemplo dores de cabeça, cansaço excessivo, estresse, ansiedade e depressão, levando, conseqüentemente, a uma considerável diminuição do bom andamento e da produtividade no trabalho.

Da mesma forma que no assédio moral, trata-se de má conduta, de difícil formação probatória e sem legislação protecionista no âmbito trabalhista. Todavia, quando devidamente provada, gera graves conseqüências aos assediadores, permitindo à vítima pleitear a rescisão indireta do seu contrato com base no disposto no art. 483 da CLT. Se o agressor for empregado, será demitido por justa causa, com fulcro no art. 482, *b*, da CLT, e se for o empregador, deverá indenizar a vítima por danos morais (art. 5º, X, CF/1988).

### **3 Apontamentos sobre a Convenção n. 190 da OIT e o direito humano à igualdade no trabalho**

Os direitos humanos podem ser definidos como garantias legais universais que protegem e defendem indivíduos e toda a sociedade contra ações ou omissões dos Estados que possam vir a atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Conforme preciosas lições de Arendt (1977), os direitos humanos pressupõem a cidadania, não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois privar sujeitos da cidadania afeta substancialmente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais – seu estatuto político – estará privado também de sua substância. Vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é a de ser tratado pelos outros como semelhante.

Assim, conforme bem pontuado por Alvarenga (2008), perceber os direitos humanos e a dignidade humana como valores impulsionadores de todo o direito nos faz penetrar na alma do homem, esquecido e desnecessário, para podermos admirar as suas qualidades.

Dentre os direitos humanos, destaca-se o direito ao trabalho digno, o qual busca garantir a toda pessoa uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência

compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social (Almeida; Pozzoli, 2014). Esse direito só é concretizado quando observado outro importante direito humano, o direito à igualdade.

Aludido entendimento encontra base internacional na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em 2023, completou setenta e cinco anos de existência e traz consigo importantes reflexos no mundo pós-guerra mundial, devastado e assolado por diversas mazelas. Conforme disposto no artigo 23 do referido documento,

toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego [...], sem discriminação alguma, [receber] salário igual por trabalho igual [...], que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social [...].

Todavia, antes mesmo da promulgação dessa importante declaração, organizações internacionais já empreendiam incansáveis esforços para garantir o direito humano ao trabalho digno a todos, sem distinção. Dentre essas instituições, destaca-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Criada em 1919 como parte do Tratado de Versalhes para pôr fim à Primeira Guerra Mundial, a OIT tem como objetivo primordial promover a justiça social. É responsável por formular normas internacionais do Trabalho, consubstanciadas em convenções e recomendações.

A OIT possui documentos que alicerçam sua atuação, como a Declaração de Filadélfia, de 1944, a qual estabelece quatro ideias fundamentais, que constituem até hoje princípios básicos. Dentre eles, destaca-se para o presente artigo o princípio de que o trabalho deve ser fonte de dignidade e que todos têm direito à igualdade de oportunidades.

Outro documento base da OIT é a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998. Foram elencados quatro direitos que devem ser observados por todos os membros da Organização, independentemente da ratificação das convenções correspondentes a eles (denominadas de *core obligations*), pois decorrem do compromisso com o fato de pertencerem à Organização. No ano de 2022, esse rol foi alterado, tendo sido acrescentado o direito a

um ambiente de trabalho seguro e saudável aos princípios e direitos fundamentais do trabalho.

Para fins deste estudo, destaca-se o direito à eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação, com as correspondentes Convenção n. 100 sobre a igualdade de remuneração e Convenção n. 111 sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão, ambas ratificadas e em vigência no Brasil há mais de cinco décadas.

A partir da missão de promover a justiça social e de seus cinco princípios básicos, neles incluído o direito à eliminação da discriminação nas relações de trabalho, a OIT definiu objetivos estratégicos para sua atuação, cujo ponto de convergência é o trabalho decente.

Conceito formalizado pela Organização em 1999, o trabalho decente consiste na promoção de oportunidades para que homens e mulheres tenham acesso a trabalhos produtivos e de qualidade, essenciais para a redução da pobreza e desigualdades sociais (Alvarenga, 2015, p. 129).

Assim, não restam dúvidas de que o direito humano ao trabalho decente não envolve apenas o acesso a um posto de trabalho, mas sim a um trabalho que garanta condições dignas, com respeito à integridade física, psíquica, intelectual, moral e social dos trabalhadores.

De modo a erradicar a prática de violências que causem prejuízos à integridade dos trabalhadores, a OIT, após estudos e discussões acerca do tema, adotou a Convenção (n. 190) sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho.

A Convenção n. 190 foi aprovada na 108ª Conferência da OIT, no dia 21 de junho de 2019. Tem ampla abrangência, aplicando-se a todos os envolvidos no mundo do trabalho, como empregados, ex-empregados, candidatos a emprego, autônomos, voluntários, estagiários, aprendizes e gestores.

O referido tratado internacional dá especial enfoque ao direito à igualdade, ao conceituar a violência e o assédio em razão do gênero como aqueles “dirigidos contra as pessoas em razão do seu sexo ou gênero, ou que afetam de maneira desproporcional pessoas de um determinado sexo ou gênero, incluído o assédio sexual”. Representa um avanço na forma como o assédio moral é tratado no Brasil, pois convencionou-se

que a sua caracterização dependeria de uma conduta reiterada, ao passo que a Convenção estabelece a ocorrência de um único ato como capaz de caracterizar a ocorrência do assédio moral.

Ademais, o documento normativo inova ao abordar a violência e o assédio pautados em questões de gênero, esclarecendo que tais práticas afetam de maneira mais intensa certos grupos, especialmente mulheres e demais minorias.

Ante o exposto, não restam dúvidas de que a Convenção n. 190 da OIT se apresenta como importante mecanismo à promoção da igualdade nas relações de trabalho, devendo ser ratificada pelo Brasil devido aos motivos a seguir expostos.

## **4 A ratificação da Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho como instrumento de promoção da igualdade nas relações de trabalho**

Ao trazer, no bojo do artigo primeiro, alínea *a*, o conceito de violência e assédio no mundo do trabalho, e na alínea *b* o conceito de violência e assédio com base no gênero, a Convenção n. 190 da OIT demonstra claramente a problemática da desigualdade nas relações de trabalho. Assim, como reflexo da sociedade predominantemente patriarcal, também as relações de trabalho são influenciadas por tal pensamento, culminando na divisão sexual do trabalho, que busca relegar às mulheres os postos majoritariamente relacionados aos cuidados, de menor remuneração, dificultando-lhes o ingresso, a manutenção e a ascensão no mercado de trabalho. Importante ressalva deve ser feita, ainda, à maior incidência de violência e assédio no trabalho direcionada às mulheres, como mais uma das facetas da sociedade patriarcal. Também não se olvida que a desigualdade de gênero afeta de diversas formas as mulheres, a depender das interseccionalidades de discriminação (recortes de raça, orientação sexual, deficiência e demais populações minoritárias, a exemplo da LGBTQIAPN+).

A promoção da igualdade nas relações de trabalho é materialização do trabalho decente, objetivo primordial da OIT, e é imprescindível à efetividade da Agenda 2030 da ONU, encontrando substrato internacional e pátrio para que seja efetivada. Citam-se como exemplos a Declaração

Universal dos Direitos Humanos; os pactos internacionais de direitos humanos; as convenções da OIT; a Constituição Federal de 1988 e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Para Santos e Pamplona Filho (2019), o princípio da isonomia pressupõe a igualdade de oportunidades, o respeito à dignidade, bem como o pleno e igualitário exercício dos direitos e liberdades fundamentais por todos os seres humanos, constituindo-se como norma de *jus cogens*, ou seja, de observância obrigatória pelos Estados. Nesse cenário de construção de arcabouço protetivo da igualdade formal, a ratificação pelo Brasil da Convenção n. 190 da OIT será de extrema relevância para a concretização da igualdade material nas relações de trabalho e a prevenção das situações de violência e assédio com base no gênero.

Embora ainda não ratificada, a Convenção n. 190 já produz efeitos positivos no Brasil, por força de sua temática ser reconhecida como *core obligation*, sendo utilizada como fonte material do direito (art. 8º da CLT), baliza interpretativa e reforço de argumentação, pois totalmente em consonância com a principiologia da Carta Magna de 1988, tendo como vetor axiológico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV). Nesse sentido, lições de Porto e Conforti (2019, p. 75):

De todo modo, independente da sua entrada em vigor, as disposições da nova Convenção (n. 190) poderão ter alcance com a sua ampla divulgação, conscientização sobre a necessidade da maior proteção dos trabalhadores e mudança de certas posturas violadoras de direitos humanos, além de servir de horizonte para a interpretação dos tribunais, no julgamento de casos concretos e como fonte de reivindicações sindicais. Isso ocorre, inclusive, porque os termos da nova Convenção são compatíveis com os princípios adotados pela Constituição de 1988.

No Brasil, a nova Convenção poderá auxiliar nos julgamentos pela Justiça do Trabalho, para o aumento da proteção, caso o magistrado identifique a violação de direitos consagrados nas oito Convenções fundamentais da OIT, segundo a Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, instrumentos que não necessitam de ratificação pelos Estados-Membros para a aplicação, já que tratam de matérias consideradas princípios orientadores da OIT, como o combate ao trabalho escravo, ao trabalho infantil, à discriminação, à desigualdade salarial e a atitudes antissindicais.

A ratificação desse tratado internacional atuará impulsionando a atividade legislativa cada vez mais no sentido de ampliar a proteção contra a violência e a desigualdade de gênero nas relações de trabalho, uma vez que as recentes alterações legislativas, apesar de relevantes, ainda se apresentam insuficientes. Como exemplos, citam-se a Lei n. 14.457/2022, que instituiu o Programa “Emprega + Mulheres”, destinado à inserção e à manutenção de mulheres no mercado de trabalho por meio da implementação, entre outras medidas, de prevenção e combate ao assédio sexual e a outras formas de violência no âmbito do trabalho (art. 1º, VI), bem como a Lei n. 14.611/2023, que dispõe sobre a igualdade salarial e de critérios remuneratórios entre mulheres e homens.

Ademais, é urgente e necessária a ampliação das possibilidades de enquadramento do assédio moral, tendo em vista que, diante da ausência normativa de um conceito, a jurisprudência foi construída no sentido de tipificá-lo como resultado da reiteração de condutas assediadoras, ao passo que a Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho dispõe expressamente acerca da possibilidade de uma única ocorrência já caracterizá-lo.

A ampliação do enquadramento do assédio moral atende a balizas já adotadas pelo Estado brasileiro, extraídas de uma interpretação sistemática, a exemplo do conceito contido na Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo Brasil e alçada recentemente ao status de *core obligation*, segundo o qual a saúde, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de doenças, “mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho” (artigo 3, e), já que a prática reiterada de condutas, necessária atualmente para a caracterização do assédio moral, pode levar a quadros de adoecimento psicológico e físico.

Para além da esfera legislativa, servindo como norte para a definição de políticas públicas do Poder Executivo e parâmetro de convencionalidade e constitucionalidade para o Poder Judiciário (se ratificada pelo rito especial do § 3º do art. 5º da CRFB, caso contrário com hierarquia supralegal, como já decidido pelo STF no RE 466.343-1/SP), no sentido da Recomendação 123/2022 do CNJ para a consideração nas decisões do Poder Judiciário dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e da jurisprudência da Corte IDH, a ratificação da

Convenção n. 190 atuará, ainda, na esfera privada das relações, nela incluídas as do trabalho, diante da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e da obrigação das empresas em observar tais direitos (Princípios de Ruggie, Decreto n. 9.571/2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos).

## 5 Considerações finais

O presente artigo objetivou, a partir de análise teórica e de revisão da literatura, demonstrar os impactos positivos da ratificação da Convenção n. 190 da OIT pelo Brasil, especificamente no combate à violência e assédio contra mulheres no mundo do trabalho.

Constatou-se que esse tratado internacional é de extrema relevância, haja vista abordar especificamente o tema de forma pioneira na Organização Internacional do Trabalho, bem como por representar um avanço no arcabouço jurídico pátrio, diante da insuficiência de legislação específica nas searas trabalhista, cível e criminal.

Inúmeras são as formas de violência e assédio baseadas no gênero, dirigidas às mulheres. Não se pode olvidar que elas são vítimas de violência doméstica, importunação sexual em transportes públicos, feminicídio, discriminação no mercado de trabalho, para citar apenas alguns exemplos, além dos assédios moral e sexual praticados nas relações laborais.

Dessa forma, não restam dúvidas quanto à necessidade de ratificação pelo Estado brasileiro da Convenção n. 190 da OIT, documento internacional de extrema importância como elemento para o combate à violência e ao assédio baseados no gênero e a promoção da igualdade no mundo do trabalho, tendo em vista que o Brasil ainda se limita a combater as violências no ambiente laboral apenas no âmbito das administrações públicas municipais.

## Referências

AÇÕES pouco efetivas das empresas desestimulam denúncias de assédio moral e sexual, revela pesquisa. **Gênero e Número**, [s. l.], 10 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/32485ck2>. Acesso em: 3 ago. 2024.

ALMEIDA, Matheus de; POZZOLI, Lafayette. Valor do trabalho e a dignidade da pessoa humana. In: KNOERR, Fernando Gustavo; KFOURI NETO, Miguel (coord.). **Diálogos (im)pertinentes: dignidade humana**. Curitiba: Instituto Memória, 2014.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **O direito do trabalho como dimensão dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2008.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O trabalho decente como direito humano e fundamental. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, Belém, v. 49, n. 95, p. 123-141, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/ybyfkpze>. Acesso em: 3 ago. 2024.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 6. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1977.

BARRETO, Margarida. **Violência, saúde e trabalho: uma jornada de humilhações**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2003.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Assédio sexual no trabalho: perguntas e respostas**. Brasília: MPT, maio 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/y3csmx3a>. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RRAg-11389-33.2015.5.01.0024**. Disponível em: <https://tinyurl.com/mpz5wumv>. Acesso em: 3 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **RRAg-1000578-05.2017.5.02.0022**. Disponível em: <https://tinyurl.com/y6n7nbuh>. Acesso em: 3 ago. 2024.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Trad. de Maria Helena Kuhner. 3. ed. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2002.

MIZIARA, Raphael. **Moderno dicionário de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019. v. 1. 204 p.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conheça a OIT**. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr2kz4dj>. Acesso em: 3 ago. 2024.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 100.** Sobre a igualdade de remuneração de homens e mulheres por trabalho de igual valor. Genebra, 1951. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdzkbp9k>. Acesso em: 24 set. 2024.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 111.** Sobre a discriminação em matéria de emprego e profissão. Genebra, 4 de junho de 1958. Disponível em: <https://tinyurl.com/494m6xt4>. Acesso em: 24 set. 2024.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 190.** Convenção sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho. Genebra, 21 de junho de 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/27t7p2c9>. Acesso em: 24 set. 2024.

OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Iniciativa mulheres no trabalho:** o impulso para a igualdade. Relatório do Diretor-Geral. 107<sup>a</sup> Sessão, Genebra, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/53bk2ays>. Acesso em: 3 ago. 2024.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, 1948. Disponível em: <https://tinyurl.com/44k3m7mk>. Acesso em: 24 set. 2024.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LAGO JUNIOR, Antônio; BRAGA, Paula Sarno. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. **Revista Direito Unifacs**, Salvador, n. 190, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/29xw7jxv>. Acesso em: 4 ago. 2024.

PEREIRA, Camila Cipola. O assédio moral no ambiente de trabalho. **Revista Intertemas**, Presidente Prudente-SP, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/4rb97c89>. Acesso em: 3 ago. 2024.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia; CONFORTI, Luciana Paula. Haverá ratificação? No centenário evento da OIT aprova-se a Convenção 190 contra violência e assédio no trabalho. **Revista Proteção**, Novo Hamburgo-RS, ago. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ydp8rny>. Acesso em: 3 ago. 2024.

RUFINO, Regina Célia Pezzuto. **Assédio moral no âmbito da empresa.** São Paulo: LTr, 2006.

SANTOS, Aloysio. **Assédio sexual nas relações trabalhistas e estatutárias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Convenção 190 da OIT: violência e assédio no mundo do trabalho. **Academia Brasileira de Direito do Trabalho**, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/yrwrjx8p>. Acesso em: 24 set. 2024.

THOME, Candy Florencio. O assédio moral nas relações de emprego. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**, Porto Alegre, n. 230, v.19, p. 28-48, ago. 2008.

## Notas

- [1] Em relação ao conceito de trabalho decente, conferir <https://tinyurl.com/57ryrnkb>.

# Controle judicial de políticas públicas: decisões dialógicas estruturantes e saúde pública

## *Judicial control of public policies: structural dialogical judicial decisions and public health*

Recebido em 05.08.2024 | Aprovado em 20.09.2024

*Leonardo Alves Rodrigues*

Pós-Graduado em Controle da Administração Pública pela ESMPU. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo ILFG/Uniderp. Bacharel em Direito pela PUC-RS. Analista de Direito do MPU.

**Resumo:** A presente pesquisa aborda o tema do controle judicial de políticas públicas por meio das denominadas sentenças dialógicas estruturantes nas demandas estruturais que têm por objeto o direito social à saúde pública. O estudo buscou responder se essas decisões estruturantes são eficazes na efetivação e concretização do direito à saúde, diante de problemas específicos enfrentados pelo SUS, tais como: a falta de leitos hospitalares, as longas filas de espera para realização de cirurgias, a alta demanda por medicamentos, além dos tratamentos e terapias não padronizados no SUS. Apesar dessas demandas complexas e múltiplas, alguns apontamentos foram feitos acerca de cada um desses problemas, com a finalidade de amparar a possibilidade de uso dessa ferramenta jurídica pelo sistema processual brasileiro. Embora essas decisões estejam em processo de amadurecimento no Poder Judiciário, há no ordenamento jurídico nacional arcabouço normativo apto a amparar as lides estruturais, o que não afasta a necessidade também de uma ampla discussão legislativa sobre o tema, visando sua sistematização. Ainda que não se tenha por objetivo apresentar uma solução definitiva sobre o assunto neste estudo, o processo estrutural e as decisões dialógicas estruturantes abrem um caminho para o debate e a concretização dos direitos fundamentais em litígios estruturais relacionados ao direito social à saúde pública.

**Palavras-chave:** controle judicial de políticas públicas; decisões judiciais dialógicas estruturantes; processo estrutural; direito social; saúde pública.

**Abstract:** This research addresses the issue of judicial control of public policies through the so-called structuring dialogical rulings in structural processes that have as their object the social right to public health. The study sought to answer whether these structuring decisions are effective in making this right a reality in the face of specific structural problems in the Brazilian public health system (SUS), such as the lack of hospital beds, the long waiting lines for surgery and the high demand for medicines, treatments and therapies that are not standardized in the SUS. Despite the challenges of these complex and multiple demands, some points have been made about each of these problems in order to support the possibility of using this legal tool in the Brazilian procedural system. Although these decisions are in the process of maturing in the Judiciary, there is a regulatory framework in the national legal system capable of supporting structural claims, which does not rule out the need for a broad legislative discussion on the subject, with a view to systematizing it. Although the aim of this research is not to present a definitive solution on the subject, the structuring dialogical decisions open the way for debate and the realization of fundamental rights in structural litigation related to the social right to public health.

**Keywords:** judicial control of public policies; structural dialogical judicial decisions; structural process; social law; public health.

**Sumário:** 1 Considerações introdutórias. 2 Direito social à saúde. 3 Estado de coisas inconstitucional. 4 Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário e judicialização da saúde. 5 Decisões judiciais dialógicas estruturantes. 6 Processo estrutural. 7 Problemas estruturais na saúde pública brasileira. 7.1 Leitos de internação hospitalares. 7.2 As filas de espera para realização de cirurgias no SUS. 7.3 Medicamentos, tratamentos e terapias não padronizados no SUS. 8 Jurisprudência sobre casos estruturais na saúde pública. 8.1 Ação Civil Pública n. 2008.40.00.0025299 da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí, TRF da 1ª Região. 8.2 Ação Civil Pública n. 0800303-45.2020.4.05.8102, da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte/CE). 8.3 Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário n. 1.366.243/SC (Tema n. 1234). 9 Considerações finais.

## 1 Considerações introdutórias

O controle judicial de políticas públicas é um instrumento jurídico que busca dar efetividade a direitos fundamentais de natureza constitucional violados pela Administração Pública por ineficiência ou omissão na prestação de serviços à população, especialmente os relacionados a ações e serviços de saúde.

Nesse contexto, as decisões judiciais dialógicas estruturantes assumem papel importante, pois, por se originarem de ações estruturais, ampliam o debate da esfera do direito individual à saúde para abordar problemas na saúde pública que precisam de respostas reestruturantes, reorganizadoras, o que envolve um processo dialógico entre os poderes e a participação de seus agentes e da sociedade na construção da decisão estrutural.

A pesquisa desenvolvida buscou responder se as decisões judiciais dialógicas estruturantes são eficazes no controle judicial de políticas públicas, de modo a trazer soluções para problemas estruturais na saúde pública brasileira, como a falta de leitos hospitalares, as longas filas de espera para realização de cirurgias e a alta demanda por medicamentos, terapias e tratamentos não padronizados no SUS.

Como se demonstrará adiante, apesar dos desafios relacionados à necessidade de aperfeiçoamento legal e amadurecimento jurisprudencial das ações e decisões estruturais, além das divergências doutrinárias, é possível a sua instrumentalização no sistema processual brasileiro como forma de ampliar a efetividade do direito social à saúde.

As decisões estruturais propõem-se a encontrar soluções para problemas de violação massiva de direitos fundamentais, de natureza estrutural, em que as autoridades públicas serão encarregadas de desenhar e implementar os planos de ação necessários à correção das falhas da política pública de saúde.

O presente artigo objetivou não somente enfatizar o caráter abrangente da decisão judicial dialógica estruturante em relação a todas as pessoas que têm seus direitos sociais violados pela ineficiência do Poder Público, mas também mostrar o efeito reestruturador dessa decisão nas políticas públicas de saúde, sem comprometê-las.

Além disso, a pesquisa dispôs-se a salientar como as decisões dialógicas estruturantes podem promover a diminuição do fenômeno da judicialização da saúde por meio das ações individuais, compelir o Poder Público a planejar, elaborar orçamento, executar e monitorar programas governamentais de longo, médio e curto prazos para a realização progressiva do direito à saúde, sem que reste violada a dignidade democrática do governo, além de suscitar o debate acerca da necessidade de sistematização e positivação jurídica das decisões estruturais.

Para expor esse assunto de relevância social e jurídica, o estudo científico foi dividido em sete partes. Como início, a segunda seção aborda a saúde pública como direito fundamental, social e parte do mínimo existencial. A terceira seção apresenta, sucintamente, o conceito de estado de coisas inconstitucional e sua relação com as decisões judiciais dialógicas estruturantes. A quarta traz a discussão sobre os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao controle judicial de políticas públicas no contexto da judicialização da saúde. A quinta seção explana o conceito e os desdobramentos jurídicos e sociais das decisões dialógicas estruturantes, bem como as críticas doutrinárias à sua utilização no controle de políticas públicas de saúde. Por sua vez, a sexta parte do artigo discorre sobre as fases do processo estrutural: as fases de constatação da existência do problema estrutural e de implementação da meta estabelecida na decisão dialógica estruturante. A sétima seção se ocupa de alguns casos estruturais na saúde pública brasileira, como a falta de leitos hospitalares, as longas filas de espera para realização de cirurgias e a alta demanda por medicamentos, tratamentos e terapias não padronizados no SUS. A última dessas partes cita jurisprudências sobre alguns problemas estruturais na saúde pública brasileira.

O artigo científico foi desenvolvido com o uso da metodologia hipotético-dedutiva, pesquisa teórica e pesquisa prática, mediante a apresentação de estudos de casos, análise de jurisprudência e dados estatísticos.

Passemos, então, a discorrer sobre as repercussões das decisões dialógicas estruturantes no controle de políticas públicas de saúde.

## **2 Direito social à saúde**

A saúde é um direito social e fundamental previsto no art. 6º da Constituição Federal (CF), que engloba no seu conceito mais amplo o direito à vida e à existência digna. Caracteriza-se como um direito prestacional, pois exige comportamento positivo de ação por parte do Poder Público na sua concretização em favor do administrado.

O Estado cumpre a sua missão constitucional ao realizar o núcleo essencial do direito fundamental à saúde, que envolve não apenas as condições para a mera sobrevivência do indivíduo, mas também a fruição concreta da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

A saúde é descrita no art. 196 da Constituição como direito de todos e dever do Estado, responsável, por meio de políticas públicas e econômicas, por reduzir o risco de doenças e agravos, além de conferir acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Pode-se compreender, portanto, a saúde como um direito fundamental, social e parte do mínimo existencial.

Não havendo a garantia desse mínimo existencial, o indivíduo ficará privado de viver com dignidade, pois são necessidades humanas essenciais que estão na base da concretização dos direitos fundamentais por meio das políticas sociais, as quais devem garantir o máximo do mínimo existencial, e não apenas o mínimo do mínimo existencial.

A interpretação constitucional rege-se pela preocupação de se dar a máxima efetividade possível às suas normas. Entre estas, as que mais clamam por essa inteligência são os direitos fundamentais, e, se em relação a estes, é pacífica a compreensão de que um mínimo, o núcleo essencial, deve ser realizado, então todo direito fundamental que representa um direito à prestação contra o Estado deve gerar, em alguma medida, o dever de concreta realização por parte da Administração Pública (Pires, 2020, p. 332).

Assim, o direito fundamental à saúde demanda, para sua implementação, prestações materiais do Estado com o fim de manejar recursos humanos e materiais na busca de sua efetivação.

Nesse contexto, a reserva do possível deve ser observada de maneira a servir como ferramenta para a garantia dos direitos sociais; ou seja, deve orientar o planejamento e a execução orçamentária, e não servir como barreira intransponível para a concreção de direitos (Santos, 2020, p. 90-91).

O Estado deve não apenas prover o mínimo existencial aos cidadãos, mas também buscar efetivar o maior nível possível de saúde à população, mediante uma gestão planejada e transparente dos recursos públicos.

### **3 Estado de coisas inconstitucional**

A teoria do “estado de coisas inconstitucional” foi desenvolvida pela jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia para solucionar casos estruturais de prolongado fracasso de políticas públicas e suas consequentes violações de direitos fundamentais<sup>[1]</sup>.

Essa teoria surgiu da percepção de incompatibilidade entre as estruturas de poder da parte orgânica da Constituição colombiana – omissão em políticas públicas oficiais ao longo dos anos – e os parâmetros da parte dogmática do texto constitucional – promoção da inclusão social, igualdade material e proteção da dignidade da pessoa humana. Havia um bloqueio do processo político ou institucional na Colômbia que impedia que o litígio estrutural, o qual afetava um amplo número de pessoas sofredoras de violações de direitos humanos, fosse resolvido, por ausência de vontade política e ineficiência da estrutura administrativa (Paixão, 2023, p. 107).

O estado de coisas inconstitucional poderia ser reconhecido pela Corte Constitucional como litígio estrutural quando estivessem presentes os seguintes pressupostos:

a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; e d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário (Campos, 2015 *apud* Paixão, 2023, p. 108-109).

O emprego da técnica do “estado de coisas inconstitucional” facilita compreender uma situação como carente de medidas estruturantes, ao ser reconhecida a presença de violação massiva de direitos sociais, ineficiência e omissão sistêmica dos demais poderes<sup>[2]</sup>. Contudo, não é medida imprescindível para o reconhecimento de situação que demande a instauração de uma lide estrutural (Santos, A., 2020, p. 200).

## **4 Controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário e judicialização da saúde**

A política pública pode ser definida como o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo, administrativo, judicial), visando a coordenar os meios à disposição do

Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados (Bucci, 2006, p. 39).

Dentre as objeções ao controle judicial de políticas públicas, se destacam aquelas atinentes ao *deficit* democrático, quanto a decisões que impliquem em (re)configuração do agir dos poderes compostos a partir do princípio representativo, e as que apontam as deficiências funcionais (*expertise*) do Poder Judiciário para o controle ou redirecionamento das políticas públicas. No campo das deficiências de *expertise*, um elemento importante a se destacar diz respeito não à técnica diretamente relacionada à garantia do direito em si, mas aos elementos necessários à superação de eventuais bloqueios políticos à sua implementação, ou seja, à identificação das causas reais de inação do Poder Público (Valle, 2016, p. 105-110).

Por outro lado, os dois principais argumentos favoráveis ao controle judicial das políticas públicas são a teoria do núcleo essencial do direito fundamental e o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Ou seja, todo direito à prestação que veicule um direito fundamental deve ser cumprido em seu núcleo essencial, sob pena de a Administração Pública ser compelida a prestá-lo por ordem judicial, bem como deve gerar, em alguma medida, o dever de concreta realização por parte da Administração Pública, o que franqueia o controle judicial para assegurar o cumprimento dessa situação jurídica (Pires, 2020, p. 325, 332).

Cabe ressaltar, todavia, que o Poder Judiciário não possui o papel de elaborador de políticas públicas, pois atua como instância de controle destas, embasada no ordenamento jurídico. Cabe ao Poder Legislativo a competência para traçar em lei as diretrizes das políticas públicas, e ao Poder Executivo a prerrogativa de formulá-las, implementá-las e materializá-las.

Em relação ao direito à saúde, seu conteúdo mínimo diz respeito às demandas de primeira necessidade, aquelas imprescindíveis para a preservação da vida humana e da dignidade de forma essencial. O Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária propriamente devem proceder à sua salvaguarda, mediante previsão de estratégias aptas a tanto e destinação de verbas suficientes.

A Administração Pública, na sua função de gestora e executora de políticas públicas de saúde, tem a prerrogativa de escolher quais os medicamentos, tratamentos e terapias, constantes de listas, protocolos

clínicos ou diretrizes terapêuticas, serão custeados pelos cofres públicos e disponibilizados na rede pública de saúde sem custo para o paciente, dentro de suas possibilidades orçamentárias.

O fenômeno da judicialização da saúde é resultado de uma demanda recorrente de ações individuais na busca de ações e serviços de saúde não disponibilizados no sistema público de saúde. Isso levanta questionamentos a respeito da legitimidade democrática de decisões judiciais que, por vezes, são acusadas de implementar políticas públicas, o que representaria a usurpação de competências designadas pelo Constituinte a outros poderes (Santos, J., 2020, p. 86).

Nesse cenário, surge o que muitos denominam de “ativismo judicial”, espécie de financiamento público de saúde individual em detrimento do financiamento do direito social à saúde da coletividade. Esse ativismo fere o princípio da separação dos poderes, pois, em nome da tutela do direito social à saúde, determina, em muitos casos, a implementação, pelo Poder Público, de ações e serviços de saúde que não passaram pela intermediação do Poder Legislativo, que desorganizam o orçamento público e, não raras vezes, consistem em cumprimento de decisões judiciais maiores do que os cofres públicos conseguem suportar. O que se percebe é que a crescente judicialização desse direito social denota uma falha na estrutura burocrática do Estado, que tem dificuldade em assegurar o pleno acesso à saúde fora do âmbito judicial.

Enfim, ainda que se entenda haver legitimidade para a atuação judicial no controle de políticas públicas, pois decorre da própria Constituição<sup>[3]</sup>, esta deve ser pautada em decisões que adotem critérios e parâmetros razoáveis e busquem mediação com outros atores, respeitando a separação e a harmonia dos poderes e atentando para o equilíbrio e os impactos orçamentários.

## **5 Decisões judiciais dialógicas estruturantes**

Os litígios de reforma estrutural têm sua origem no caso *Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1955. Nele, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional um conjunto de leis estaduais que estabeleciam que os afro-americanos e brancos frequentassem escolas separadas. Dessa decisão estrutural, surgiu a obrigação para as autoridades públicas de elaborarem uma série de medidas administrativas de implementação da dessegregação (Santos, A., 2020, p. 156).

Outro caso paradigmático foi a Sentença T-025, de 2004, proferida pela Corte Constitucional colombiana, diante do não cumprimento, pelo Estado, do seu dever de proteção à população forçadamente deslocada pela violência.

Nessa decisão judicial de feição dialógica, houve a expedição de ordens de procedimento que envolveram o Estado e a sociedade civil na elaboração e aplicação de programas para enfrentar as graves violações de direitos provocadas pelo deslocamento, requerendo, assim, o desenho de políticas, convocando audiências públicas periódicas para discutí-las, em um procedimento participativo e gradual de implementação, o que propiciou, ainda, a criação de espaços de deliberação, oportunizando alternativas inovadoras e potencialmente democratizadoras na realização judicial de direitos constitucionais (Santos, A., 2020, p. 161).

A decisão estruturante é aquela que busca proporcionar uma reforma estrutural em determinado ente, organização ou instituição, com o intuito de possibilitar a promoção e a efetivação de direitos fundamentais, viabilizando a implementação de uma política pública ou a solução de um litígio complexo.

As decisões estruturais possuem como características: a) adjudicação de direitos e, ao mesmo tempo, estabelecimento de uma programação de como esses direitos serão executados; b) ampla participação de todos os possíveis envolvidos no litígio, por intermédio de um contraditório participativo; c) flexibilização na adequação do comando judicial do pedido, ao possibilitar que a condenação seja substituída pela negociação e participação dos outros poderes; d) implementação de forma paulatina, considerando que somente à medida que vão sendo implementadas na prática é que se definem seus contornos característicos, pela identificação dos problemas que surgem ao longo do percurso (Guedes; Nogueira, 2019, p. 10-14).

As decisões judiciais dialógicas estruturantes são contraponto à abordagem individualista na realização de direitos sociais, principalmente no que se refere à judicialização excessiva da saúde por meio de demandas individuais. Surgem como instituto inovador para auxiliar na busca de compreensão, debate e solução adequados acerca da omissão ou inadequação da atuação das autoridades públicas na gestão e execução das políticas públicas de saúde.

Nas sentenças dialógicas estruturantes, o juiz, ao se habilitar como intérprete e defensor dos direitos constitucionais, define a atuação das autoridades públicas para garantir o exercício desses direitos, em razão da omissão ou inadequação de suas ações e, em consequência, expede ordens que ultrapassam os interesses das partes que originaram a lide, visando a resolver um problema generalizado, de natureza estrutural, com potencial, assim, para superar situações sociais desfavoráveis de violação massiva de direitos fundamentais (Santos, A., 2020, p. 160).

Nessas ordens, o juiz encarrega as autoridades públicas de desenharem e implementarem os planos de ação necessários à correção da situação, possibilitando que os envolvidos e seus representantes participem de maneira efetiva na adoção das decisões, além da abertura para a participação dos vários segmentos da sociedade que possam estar interessados, o que também ocorre durante a fase de acompanhamento das políticas públicas desenhadas, na discussão e aperfeiçoamento das alternativas adotadas, expressando a vertente dialógica das sentenças estruturantes (Santos, A., 2020, p. 160).

Observa-se, portanto, que o objetivo primário das sentenças estruturantes não é satisfazer de forma imediata a necessidade gerada pela omissão ou ineficiência da política pública de saúde, mas obrigar a Administração Pública a planejar, elaborar o orçamento, executar e monitorar as ações e programas governamentais de longo, médio e curto prazos na realização progressiva dos direitos violados.

O processo estrutural funciona mais como meio de realização de poder do que como mecanismo para imposição de um resultado. Em vez de promover uma alteração isolada na estrutura, o processo se converte em um componente duradouro do processo de negociação política, que determina a forma e o conteúdo das políticas públicas. O juiz atua mais como um agente de negociação e de troca, e não de decisão e imposição. No entanto, há várias críticas em relação aos processos e decisões estruturantes e seus desdobramentos para as políticas públicas.

É possível identificar quatro críticas principais ao controle judicial de políticas públicas por meio dos processos estruturais: a ameaça à separação de poderes, a ilegitimidade democrática da intervenção judicial, a possibilidade de um efeito *backlash* e a incapacidade técnica do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas (Casimiro; Lopes Filho, 2023, p. 1032).

Quanto à primeira crítica, estaria ligada à tentativa do Poder Judiciário de adentrar nas atribuições do Poder Executivo e do Poder Legislativo para proteger direitos fundamentais por meio da intervenção em políticas públicas. Acerca da segunda, além de não possuir a atribuição de gerenciar políticas públicas, o Poder Judiciário não estaria democraticamente autorizado a realizar intervenções desse tipo (Casimiro; Lopes Filho, 2023, p. 1032).

Em relação à terceira crítica, intervenções unilaterais do Poder Judiciário em políticas públicas podem conduzir a um efeito *backlash* (reação contrária a decisões judiciais consideradas excessivamente progressistas, podendo advir tanto da sociedade quanto dos poderes políticos instituídos), dificultando o comprometimento da Administração Pública com a implementação da decisão. Quanto à quarta crítica, os magistrados, que têm o Direito como formação acadêmica, não reuniriam, em tese, conhecimentos suficientes para realizar realocações orçamentárias ou analisar todos os fatores envolvidos na formulação de uma política pública (Casimiro; Lopes Filho, 2023, p. 1033).

Conforme afirma Costa (2021, p. 291), os institutos participativos da audiência pública, da consulta pública e do *amicus curiae* nos processos e decisões estruturais raramente propiciam uma verdadeira democraticidade, pois, na prática, “esses processos são mal divulgados, o interesse comunitário por eles é pouco, não se consegue reproduzir neles o ambiente para-parlamentar das *town meetings* e a democraticidade é tímida e eventual”.

Ainda, quanto ao impacto social das decisões estruturais, estas geram, em inúmeros casos, a realocação de recursos escassos, com possíveis efeitos negativos para os beneficiários de outras políticas públicas, podendo ocasionar o aumento da carga tributária sobre toda a sociedade, como forma de financiamento das medidas estruturais que reorganizam determinada política pública ou órgão estatal.

Apesar das objeções, pode-se dizer que as decisões dialógicas estruturantes assumem papel inovador nas políticas públicas, ao obrigar os entes da federação a se reformularem institucionalmente (procedimentos internos, organização, mentalidade dos agentes públicos etc.), proporcionando-lhes meios plausíveis e tempo para se reorganizarem, a fim de atender ao comando judicial, sem colocar em risco todo o seu planejamento, o que resulta em uma tutela mais eficaz e satisfatória ao direito social à saúde.

## 6 Processo estrutural

O processo estrutural tem por finalidade a elaboração de uma decisão estrutural que busca alterar um estado generalizado de violação de direitos, com efeito reestruturante nas organizações, de modo a se alcançar um estado de conformidade com os valores e princípios constitucionais de proteção aos direitos sociais e fundamentais.

De acordo com Arenhart (2017, p. 72-73), nos processos estruturais, objetivam-se decisões que almejam a alteração substancial para o futuro de determinada prática ou instituição. As questões típicas de litígios estruturais “envolvem valores amplos da sociedade, no sentido não apenas de que há vários interesses concorrentes em jogo, mas também de que a esfera jurídica de vários terceiros pode ser afetada pela decisão judicial”.

Segundo Vitorelli, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reformulação do funcionamento da estrutura. Afirma que,

embora essa reestruturação possa ser feita de diversos modos e, frequentemente, não dependa da atuação do Poder Judiciário, ocorrendo pela atuação privada ou com a condução do Poder Executivo, se a alteração for buscada pela via do processo judicial, esse processo poderá ser caracterizado como processo estrutural (Vitorelli, 2021, p. 6).

O processo estrutural, cujo objetivo é o alcance do estado ideal de coisas, no caso da saúde pública, um sistema universal e isonômico, tem como características: a) discussão de uma situação de desconformidade estruturada; b) transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (reestruturação), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; c) procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; d) procedimento marcado por flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; e) consensualidade, que abranja inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC). Por

fim, possui também outras características não essenciais, tais como a multipolaridade, a coletividade e a complexidade (Didier Junior; Zaneti Junior; Oliveira, 2020, p. 107-108, 110).

Quanto às etapas do processo estrutural, podem ser resumidas na fase de constatação da existência do problema estrutural e na fase de implementação da meta estabelecida na decisão dialógica estruturante.

A primeira fase, dedicada à constatação da existência do problema estrutural, estabelece a meta a ser atingida, o estado ideal de coisas, de conteúdo programático. Encerra-se com a decisão estrutural, caso se constate o estado de desconformidade afirmado. A segunda fase se inicia com a implementação das medidas necessárias ao atingimento da meta estabelecida na decisão estrutural, como o tempo, o modo e o grau da reestruturação a ser implementada, o regime de transição, conforme art. 23 do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (LINDB)<sup>[4]</sup>, e a forma de avaliação/fiscalização permanente e das medidas estruturantes (Didier Junior; Zaneti Junior; Oliveira, 2020, p. 116-118).

A base normativa para a execução das decisões estruturais, necessariamente atípica, decorre da combinação do art. 139, inc. IV, com o art. 536, § 1º, ambos do CPC. Os dispositivos são cláusulas gerais executivas, das quais decorre para o órgão julgador o poder de promover a execução de suas decisões por medidas atípicas. Os processos estruturais são ambientes extremamente propícios para o uso das técnicas de cooperação judiciária, tais como a técnica de centralização de processos repetitivos (art. 69, § 2º, inc. VI, CPC) e cooperação judiciária pela delegação de um poder do órgão hierarquicamente superior ao órgão a ele vinculado. O procedimento comum do CPC é o mais adequado para a tramitação de processos estruturais (Didier Junior; Zaneti Junior; Oliveira, 2020, p. 128, 130, 132).

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, já reconheceu que no Brasil não existe “a cultura e o arcabouço jurídico adequado para lidar corretamente com as ações que demandam providências estruturantes e concertadas”<sup>[5]</sup>.

Como já foi afirmado em linhas anteriores, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro já se encontra apto para as lides estruturais, embora se reconheça também a necessidade de aperfeiçoamento legislativo e jurisprudencial<sup>[6]</sup>.

As decisões estruturais envolvendo o direito à saúde são viáveis por meio do controle concentrado de constitucionalidade com a utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), em razão de sua eficácia geral e efeito vinculante em relação aos demais órgãos públicos ou, ainda, por meio da ação civil pública, tendo em vista o seu efeito *erga omnes* na tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, difusos, individuais homogêneos, dentro dos quais estão inseridos os direitos sociais, conforme interpretação do art. 81 da Lei n. 8.078/1990 e dos arts. 1º e 21 da Lei n. 7.347/1985.

O mandado de injunção e o recurso extraordinário com repercussão geral, que podem ser impetrados e interpostos por qualquer cidadão, são outros dois instrumentos pelos quais também se entende ser possível, em princípio, a dedução de ações estruturais.

Por fim, importante mencionar que as lides estruturantes não substituem as lides individuais para correção de problemas pontuais.

Adiante, abordaremos os principais problemas estruturais apontados pelo presente estudo na saúde pública brasileira e as soluções sugeridas.

## **7 Problemas estruturais na saúde pública brasileira**

Nos termos do art. 196 da Constituição, a saúde, sem a qual não há vida digna, é direito de todos e dever do Estado. A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, dentro de suas respectivas competências (art. 23, inc. II, da CF), devem criar condições de atendimento integral e universal em postos de saúde, hospitais, programas de prevenção, acesso a medicamentos, leitos, procedimentos cirúrgicos e outras ações e serviços de saúde.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição, regulamentado pelas Leis n. 8.080/1990 e n. 8.142/1990 (Leis Orgânicas da Saúde), a fim de alterar a situação de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão. Ele é destinado a todos os cidadãos e é financiado por recursos arrecadados por meio de impostos e contribuições sociais, pagos pela população, que compõem os recursos do governo federal, estadual e municipal. O setor de saúde privado participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviços ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento de toda a população de determinada região (Sousa, 2015, p. 245).

O SUS constitui-se em um sistema organizado de forma regionalizada e hierarquizada (art. 198 da Constituição). A hierarquização diz respeito aos níveis de complexidade dos serviços de saúde (art. 8º da Lei n. 8.080/1990), os quais são: atenção básica (ou primária), que realiza a triagem dos interessados em utilizar o sistema; média complexidade (atenção secundária); e alta complexidade (atenção terciária). A regionalização permite, por exemplo, que os municípios se agrupem em regiões para garantir a integralidade do direito à saúde. Enfim, a Constituição previu a existência de um Sistema Único de Saúde, porém de caráter descentralizado. Esse sistema é integrado por todos os entes federativos, com direção única em cada um deles, o que implica poder decisório em nível local para cada ente.

Embora exista essa proteção constitucional e infraconstitucional do direito à saúde prestada pelo Estado e seu atendimento pelo SUS, é preciso reconhecer que o Poder Público vem apresentando deficiências estruturais na garantia do acesso a essas ações e serviços. Entre elas, citam-se principalmente a falta de leitos hospitalares, as longas filas de espera para a realização de cirurgias e a crescente demanda por medicamentos, terapias e tratamentos não disponibilizados pelo SUS, deixando aparente o problema estrutural e generalizado de omissão e ineficiência das políticas públicas de saúde.

## **7.1 Leitos de internação hospitalares**

A carência de leitos de internação hospitalares disponibilizados pelo SUS é um problema estrutural que ocorre praticamente em todos os estados da Federação no Brasil.

De acordo com o Boletim Proadess n. 4, de fevereiro de 2019, relativo ao monitoramento da assistência hospitalar no Brasil entre os anos de 2009 e 2017, o número de leitos hospitalares (clínicos, cirúrgicos, pediátricos e obstétricos) teve uma queda de 1,87 por mil habitantes para 1,72 por mil habitantes, número inferior ao estabelecido pela Portaria GM/MS n. 1.101/2002 (vigente até 1º de outubro de 2015), que era de 2,5 a 3 leitos por mil habitantes. Ainda, no período estudado, as maiores reduções ocorreram nas regiões Centro-Oeste e Sudeste, que apresentaram, respectivamente, variação negativa de 17,4% e 15,2% (Fiocruz, 2019).

Conforme dados divulgados pela Confederação Nacional dos Municípios (CNM) (Laboissière, 2018), no período de 2008 (344.573 leitos) a 2018

(303.185 leitos), houve uma perda no SUS de 41.000 leitos hospitalares. Quanto às regiões do País, nenhuma atingiu o índice recomendado pelo próprio Ministério da Saúde – entre 2,5 e 3 leitos para cada mil habitantes. As regiões Sul e Centro-Oeste são as que mais se aproximam, com 2,4 e 2,3 respectivamente. A pior situação é a da Região Norte, com 1,7 leitos. Já as regiões Nordeste e Sudeste têm, ambas, 2 leitos para cada mil habitantes. O estudo ainda constatou que 25 estados da Federação apresentaram queda nos índices de leitos hospitalares por mil habitantes. Os dados indicaram que o crescimento populacional não acompanha a disponibilidade e abertura de novos leitos hospitalares.

A média do Brasil de leitos hospitalares para cada 1.000 habitantes é de 2,3. Considerando somente leitos do SUS, essa relação cai para 2, e no sistema privado sobe para 3,5. Essa diferença reforça a necessidade de construção de aproximadamente 146 mil leitos para a população dependente do SUS nas diversas regiões do Brasil, enquanto na saúde suplementar sobram leitos, pois o preconizado pela OMS é de 3 leitos para cada 1.000 habitantes (Finkelstein; Borges Junior, 2020, p. 278).

Portanto, resta nítida a necessidade de uma gestão pública preocupada com a obtenção de mais leitos hospitalares no setor público de saúde, assim como uma maior contratação, mediante convênio, de leitos privados para atendimento do SUS.

Além disso, é preciso que o Poder Público, na elaboração e execução de suas políticas públicas de saúde, faça uma avaliação da capacidade existente de internações no setor público, de como os leitos hospitalares estão sendo utilizados pelos usuários, dos critérios de ocupação desses leitos, do tempo médio de permanência em enfermarias e unidades de terapia intensiva (UTIs), das principais causas de doenças que estão gerando as internações e do custo total para o SUS.

## **7.2 As filas de espera para realização de cirurgias no SUS**

É inegável a relevância da oferta de procedimentos cirúrgicos gratuitos à população brasileira por meio do sistema público de saúde. A assistência cirúrgica acessível, segura e eficiente melhora o bem-estar do indivíduo, a produtividade econômica, a capacidade e a liberdade individuais, além de reduzir incapacidades decorrentes de condições cirúrgicas.

A falta de acesso e garantia da assistência cirúrgica é um desafio macroestrutural, pois existe alta demanda na saúde pública e a situação de espera representa sofrimento significativo para quem a vivencia.

Em pesquisa realizada nos municípios da Região Sul do Brasil, constatou-se que o prolongado tempo de espera por cirurgia contribuiu para o surgimento de desconforto físico evidenciado por dor, piora da dor ou limitações físicas do paciente, impedindo-o de realizar atividades rotineiras que antes eram consideradas simples. Além disso, a demora causou sofrimento emocional em pacientes e familiares, como desespero, impotência, sofrimento psíquico, frustração, vergonha, sentimento de desrespeito, humilhação, descaso, descrença, revolta contra o SUS e o atendimento realizado por alguns profissionais e, em alguns casos, o período de espera evoluiu para condições mais graves, como o óbito. Por fim, essa longa espera pelo procedimento cirúrgico gerou impacto socioeconômico, pois o agravamento da saúde física levou os pacientes à impossibilidade de trabalhar (Pesce *et al.*, 2021, p. 37-39).

Podem ser destacadas algumas ações do Poder Público que poderiam reduzir a longa lista de espera pela cirurgia, como: maior aporte de recursos públicos para a assistência cirúrgica no SUS, de modo a expandir o acesso dos usuários; melhor gestão dos serviços de saúde; assistência pelos profissionais de saúde da atenção básica e especializada no período anterior à cirurgia para aqueles em fase de espera; definição de tempo mínimo recomendado e estabelecido para diferentes tipos de procedimentos eletivos e ações de triagem que levem em consideração a gravidade da doença; análise da possibilidade de substituição em alguns casos do procedimento cirúrgico recomendado ao paciente por tratamento clínico com resultado similar.

### **7.3 Medicamentos, tratamentos e terapias não padronizados no SUS**

A busca por medicamentos, tratamentos e terapias não disponibilizados pelo SUS tem sido objeto de intensa judicialização; corresponde à maioria dos pedidos nas ações ajuizadas, que geralmente são de alto custo, impactam o orçamento público e requerem tratamento estrutural para obrigar a Administração Pública a adotar políticas públicas eficientes de proteção e acesso integral à saúde da população.

O art. 19-Q da Lei n. 12.401/2011 (Lei Básica do SUS) atribui ao Ministério da Saúde a responsabilidade por incorporar, alterar ou excluir medicamentos, produtos e procedimentos nas políticas de fornecimento gratuito do SUS, notadamente por meio de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), bem como por revisar e atualizar em períodos regulares a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename).

A já referida Lei n. 12.401/2011 instituiu a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), órgão que assessora o Ministério da Saúde, o qual é responsável pela incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como pela constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

Os PCDT são elementos organizadores e não limitadores da distribuição de medicamentos, sendo, portanto, viável a determinação judicial do fornecimento de fármacos não inclusos nessas listas, quando, no caso concreto, todas as alternativas previstas estiverem esgotadas ou se mostrarem inviáveis ao quadro clínico do paciente.

Segundo o disposto no art. 19-Q da Lei n. 8.080/1990 (§ 2º, inc. I), a Conitec, ao incorporar novos medicamentos, produtos e procedimentos, deverá, em seu relatório, necessariamente levar em consideração as evidências científicas sobre a sua eficácia, acurácia, efetividade e segurança, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso, no caso do Brasil, a Anvisa.

Com efeito, a Administração Pública deve promover a inclusão de novos medicamentos, tratamentos e terapias nas listas do SUS, em tempo razoável, pelo seu órgão técnico, levando-se em consideração a análise das principais doenças que acometem a população brasileira e a literatura médica produzida sobre a recomendação dessas tecnologias, de modo a avaliar seu custo-efetividade, sua segurança e sua eficácia.

No tópico que se segue, passaremos a analisar alguns problemas estruturais na saúde pública brasileira mencionados em jurisprudências (oriundas de ações civis públicas), os quais, por meio de um processo estrutural colaborativo, tiveram sua solução alcançada de forma a efetivar o direito social à saúde.

## **8 Jurisprudência sobre casos estruturais na saúde pública**

### **8.1 Ação Civil Pública n. 2008.40.00.0025299 da 5ª Vara Federal da Seção Judiciária do Piauí, TRF da 1ª Região**

O caso concreto diz respeito à migração de pacientes do estado do Maranhão para realizar tratamento oncológico no município de Teresina-PI, referência no Norte e Nordeste do Brasil como polo de serviços de saúde. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, em 14 de maio de 2008, teve como objeto a recusa de atendimento de pacientes oriundos do estado do Maranhão e de outros estados da federação no sistema público de saúde do município de Teresina-PI.

Os estados do Maranhão e do Piauí, a União (Ministério da Saúde), a Defensoria Pública da União – DPU (assistente litisconsorcial) e o Ministério Público Federal, após o saneamento do processo pela juíza, participaram de audiência inicial de identificação de posições e fixação de agenda no dia 30 de outubro de 2014. Nessa data, as partes concordaram em cumprir o cronograma fixado na audiência. Posteriormente, em 26 de novembro de 2014, a DPU informou nos autos que os atendimentos dos pacientes maranhenses não haviam voltado a ocorrer normalmente. Isso levou à decisão antecipatória de tutela para que o município de Teresina restabelecesse o fluxo de atendimento aos pacientes oriundos do estado do Maranhão, o que foi atendido (Oliveira, 2022, p. 307).

Em nova audiência, realizada em 27 de janeiro de 2015, foram apontados dois problemas: a ausência de organização do fluxo de pacientes e pagamentos e a necessidade de ampliação da estrutura de atendimento às demandas nos estados do Piauí e do Maranhão. Um novo cronograma foi ajustado entre as partes, com destaque para a instalação de uma câmara de compensação entre os estados do Piauí e do Maranhão; a fixação de condições, prazos e parcelas para que a União solvesse seu débito com o município de Teresina; e a designação de outra audiência com a finalidade de tratar da abertura do serviço de oncologia do Hospital Universitário de Teresina (Oliveira, 2022, p. 307).

Após realização de nove audiências – com muito diálogo entre os diferentes atores do processo, oitiva de especialistas, estabelecimento de acordos e construção de fluxos e cronogramas de oferta de serviço público de saúde – presididas pela juíza da causa, que atuou como

gestora na edificação de soluções dialogadas com os distintos atores do processo, em 2 de maio de 2015 foi inaugurada a ala oncológica de alta complexidade do Hospital Universitário. Em 20 de dezembro de 2018, o espaço foi incluído no Plano de Expansão de Radioterapia no SUS, o que se tornou uma importante conquista, já que a instalação de uma máquina de radioterapia era uma grande reivindicação da população de fora do estado do Piauí (Oliveira, 2022, p. 307-308).

Como foi possível perceber do caso acima exposto, o modelo apropriado para lidar com disputas de reforma estrutural é aquele em que o Judiciário, após debates construtivos, emite diretrizes flexíveis aos outros poderes, permitindo que eles decidam como alcançar as metas estabelecidas, o que foi essencial para a solução dos atendimentos oncológicos deficitários que atingiam uma parcela significativa da população nas regiões afetadas.

## **8.2 Ação Civil Pública n. 0800303-45.2020.4.05.8102, da 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará (Subseção Judiciária de Juazeiro do Norte-CE)**

Essa ação teve como objeto a regularização do acesso de usuários do SUS a procedimentos assistenciais oncológicos no âmbito da Macrorregião de Saúde do Cariri, que abrange 45 municípios do interior cearense e uma população de mais de um milhão de habitantes. O Hospital Maternidade São Vicente de Paulo (HMSVP), referência para assistência oncológica nessa macrorregião, contava com mais de trezentos pacientes aguardando por tempo excessivo o início do tratamento de que necessitavam, e muitos desses pacientes esperavam há mais de sessenta dias.

O juízo de primeiro grau, após reconhecer o caráter estrutural da lide, designou uma primeira audiência de conciliação para 29 de maio de 2020, na qual os gestores estaduais e municipais do SUS, além dos representantes do hospital de referência oncológica, concordaram acerca da gravidade do problema estrutural e, sob a coordenação do juiz, começaram a discutir que medidas poderiam ser adotadas para solucionar o problema do número elevado de pacientes aguardando na fila de espera para iniciar o tratamento oncológico e melhorar o funcionamento deficitário da política pública de assistência oncológica na região do Cariri cearense.

Na segunda audiência de conciliação, estabeleceu-se quais seriam as providências que cada uma das partes envolvidas tomaria, visando à solução da controvérsia. Das terceira e quarta audiências de conciliação, resultou um plano de trabalho que contemplou um cronograma de atendimento dos cento e noventa e cinco pacientes da fila de espera. Na quinta audiência de conciliação, os gestores locais do SUS e representantes do hospital apresentaram os resultados implementados, conforme o cronograma elaborado anteriormente (Borges, 2022, p. 103-105).

Na sexta e última audiência, realizada em 29 de janeiro de 2021, as partes informaram o integral cumprimento do que fora estabelecido no plano de trabalho, com o encaminhamento de todos os pacientes para o tratamento indicado pelos médicos oncologistas do hospital. Houve o compromisso das partes de redefinir, administrativamente, o fluxo de atendimento aos pacientes que necessitam de assistência oncológica na Macrorregião do Cariri, de forma a evitar a formação de longas filas de espera. A seguir, o juiz, com a anuência do MPF e dos órgãos de representação judicial dos três entes públicos demandados, extinguiu o processo com resolução de mérito, fundamentada no art. 487, inc. III, alínea b, do CPC (Borges, 2022, p. 105).

No caso concreto, verificou-se que durante as audiências designadas foi criado um plano de ação conjunto para resolver a questão das filas de espera, com as partes concordando com as medidas e os prazos estabelecidos. O método dialógico não apenas reorganizou a fila de espera para atendimentos oncológicos, mas também reformulou a estrutura de funcionamento dos órgãos públicos de saúde.

### **8.3 Supremo Tribunal Federal e o Recurso Extraordinário n. 1.366.243-SC (Tema n. 1.234)**

No RE n. 1.366.243-SC, foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia (Tema n. 1.234), relativa à legitimidade passiva da União e à competência da Justiça Federal nas ações inerentes ao fornecimento de medicamentos com registro na Anvisa, mas não padronizados no SUS.

A decisão monocrática do ministro Gilmar Mendes, que determinou a suspensão dos recursos especiais e extraordinários que versavam sobre as competências da União em figurar no polo passivo das demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos, reconheceu a natureza

estruturante do caso, ao se afirmar a necessidade de construção de um diálogo institucional oportunizador de medidas que contemplessem a participação de diferentes atores e também as deficiências estruturais presentes no Poder Executivo e no Sistema de Justiça como um todo.

O ministro citou, ainda, a existência de dilemas estruturais e, mais diretamente, indicou que não se tratava de uma mera interpretação normativa, mas sim do fato de que há uma política pública a ser aperfeiçoada, em um processo que se mostre verdadeiramente estruturante (Moraes; Meneghetti, 2023, p. 4).

O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das deficiências estruturais para se conseguir um tratamento médico ou um medicamento, bem como de que as políticas públicas de saúde precisam ser aperfeiçoadas mediante um “processo verdadeiramente estruturante”, indica que o sistema de saúde pública no Brasil não está sendo capaz de efetivar o direito à saúde, a par de representar uma violação de caráter estrutural, seja pelo burocrático enredo apresentado, seja pela até então irremediável necessidade de judicialização da saúde (Moraes; Meneghetti, 2023, p. 14).

Enfim, espera-se que, dos desdobramentos do julgamento do Tema n. 1.234 no STF, surja a construção de medidas voltadas à reestruturação das políticas públicas de saúde relacionadas à disponibilização de medicamentos, terapias e tratamentos não padronizados no SUS, adequando-os às demandas e necessidades da população brasileira.

## **9 Considerações finais**

Como vimos ao longo do estudo, o direito às ações e serviços de saúde depende de uma prestação positiva da Administração Pública, mediante a elaboração e execução de políticas públicas que levem em conta uma gestão planejada e transparente dos recursos públicos, como forma de garantir um serviço de qualidade à população usuária do sistema público de saúde.

A noção de estado de coisas inconstitucional tem papel importante para se compreender a dimensão e os efeitos das decisões judiciais dialógicas estruturantes, pois indica um problema estrutural que necessita de uma resposta reorganizadora das instituições burocráticas do Estado. No entanto, não é uma medida imprescindível para o reconhecimento de situação que demande a instauração de uma lide estrutural.

Por sua vez, embora o controle judicial de políticas públicas enfrente críticas, especialmente no contexto da judicialização da saúde, relacionadas ao *deficit* democrático e à falta de *expertise* dos juizes, há falhas na estrutura burocrática do Estado que impõem dificuldades ao pleno acesso da população aos serviços de saúde.

O Poder Judiciário, que não cria política pública, mas assegura o núcleo essencial do direito à saúde previsto na Constituição, deve construir decisões que adotem critérios e parâmetros razoáveis e busquem mediação com outros atores, respeitando a separação e a harmonia dos poderes e atentando para o equilíbrio e os impactos orçamentários.

As decisões judiciais dialógicas estruturantes surgem da necessidade de se corrigirem a omissão ou a ineficiência da política pública de saúde, que violam direitos fundamentais e geram problemas estruturais no serviço público de saúde. A Administração Pública, em razão delas, se obrigará a planejar, elaborar o orçamento, executar e monitorar as ações e programas governamentais.

O processo de construção dessas decisões abrange a participação de todos os atores envolvidos na demanda estrutural, bem como vários segmentos da sociedade que possam estar interessados tanto na fase de acompanhamento das políticas públicas desenhadas quanto na discussão e aperfeiçoamento das alternativas adotadas.

Apesar de posições contrárias, como a ameaça à separação de poderes, ilegitimidade democrática, possível efeito *backlash*, incapacidade técnica do Poder Judiciário e realocação de recursos financeiros escassos, as decisões estruturantes, se bem elaboradas e conduzidas na sua implementação, como demonstrado em alguns estudos de casos analisados na jurisprudência, são capazes de proporcionar reformas estruturais nos órgãos públicos gestores do SUS, trazendo uma tutela mais eficaz e satisfatória ao direito social à saúde.

Embora as decisões dialógicas estruturantes estejam em processo de amadurecimento no Judiciário brasileiro, há no ordenamento jurídico nacional um arcabouço normativo apto a amparar as lides estruturais, o que não afasta a necessidade também de discussão legislativa sobre o tema, visando à sua sistematização.

Há muitos desafios a serem enfrentados quanto aos problemas estruturais no sistema público de saúde brasileiro, relacionados à falta de leitos hospitalares, às longas filas de espera para cirurgias e à crescente demanda por medicamentos, terapias e tratamentos não disponibilizados pelo SUS.

Nesse cenário, as decisões judiciais dialógicas estruturantes são um instrumento efetivo na concretização do direito à saúde, pois as autoridades responsáveis serão obrigadas a rever suas políticas públicas, buscando tomar as medidas necessárias para remover a situação de desconformidade estruturada, mediante decisão de implementação escalonada de curto, médio e longo prazos.

Essa decisão estrutural poderá prever, quanto à escassez de leitos hospitalares, a necessidade de avaliação da capacidade estrutural existente de internações no setor público, de como os leitos hospitalares estão sendo utilizados pelos usuários, dos critérios de ocupação desses leitos, do tempo médio de permanência em enfermarias e unidades de terapia intensiva (UTIs), das principais causas de doenças que estão gerando as internações e do custo total para o SUS.

Quanto à redução da espera pela assistência cirúrgica no SUS, a decisão estruturante pode propor a necessidade de um aporte maior de recursos para ampliar o acesso dos usuários, melhor gestão dos serviços de saúde, assistência médica no período anterior à cirurgia para aqueles em fase de espera, definição de tempo mínimo para diferentes tipos de procedimentos eletivos e ações de triagem que levem em consideração a gravidade da doença e a possibilidade de substituição por tratamento clínico.

Ainda, a decisão dialógica estruturante poderá sugerir ao Poder Público que inclua novos medicamentos, tratamentos e terapias nas listas do SUS, em tempo razoável, pelo seu órgão técnico, levando em consideração a análise das principais doenças que acometem a população brasileira e a literatura médica produzida sobre a recomendação daquelas tecnologias, de modo a avaliar seu custo-efetividade, segurança e eficácia.

Enfim, talvez com essas medidas estruturantes na saúde pública brasileira, possamos ver o cenário das deficiências estruturais mudar, de forma gradativa, para um estado em que o direito à saúde seja de fato garantido minimamente ao cidadão usuário do SUS.

## Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 29, n. 1/2, p. 70-79, jan./fev. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/y6sww7w2>. Acesso em: 9 jul. 2024.

BORGES, Fabrício de Lima. Litígios estruturais e métodos consensuais de resolução de conflitos: o caso da ação civil pública sobre a fila de espera da assistência oncológica no Cariri cearense. **Revista Themis**, Fortaleza, v. 20, n. 1, p. 87-111, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/48ut5syh>. Acesso em: 19 mar. 2024.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASIMIRO, Matheus; LOPES FILHO, Juraci Mourão. Processos estruturais para além da retórica: contribuições indianas para o monitoramento de decisões judiciais. **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 1027-1051, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2nkcacdb>. Acesso em: 18 abr. 2024.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Dez senões do processo estrutural. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 29, n. 115, p. 289-305, jul./set. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 75, jan./mar. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/mrr8vt7c>. Acesso em: 4 jan. 2024.

FINKELSTEIN, Beny José; BORGES JUNIOR, Laerte Honorato. A capacidade de leitos hospitalares no Brasil, as internações no SUS, a migração demográfica e os custos dos procedimentos. **Jornal Brasileiro de Economia e Saúde**, Rio de Janeiro, v. 12, n.3, p. 273-280, dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/4mws54p8>. Acesso em: 14 mar. 2024.

FIOCRUZ. **Boletim Informativo do PROADESS**, n. 4, fev. 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/4ebrr65k>. Acesso em: 26 mar. 2024.

GUEDES, Jefferson Carús; NOGUEIRA, Filipe Bastos. As decisões estruturantes como mecanismo apto a implementar a efetividade das decisões judiciais nos conflitos envolvendo políticas públicas. **Caderno de Direito e Políticas Públicas**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/33b6husd>. Acesso em: 4 jan. 2024.

LABOISSIÈRE, Paula. Brasil perdeu mais de 40 mil leitos do SUS nos últimos dez anos. **Agência Brasil**, Brasília, 23 out. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2d9kca2a>. Acesso em: 26 mar. 2024.

MORAES, Maria Valentina de; MENEGHETTI, Faena Gall Gófas. A suspensão nacional dos recursos em matéria de fornecimento de medicamentos: um problema estrutural? In: **Seminário internacional demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**, 2023, Santa Cruz do Sul, UNISC. Disponível em: <https://tinyurl.com/mr35ucbu>. Acesso em: 19 mar. 2024.

OLIVEIRA, Antonio Francisco Gomes de. Demandas estruturais e o direito à saúde: o caso da migração populacional do Maranhão para o Piauí em busca de atendimento oncológico. In: BOCHENEK, Antônio César (coord.). **Demandas estruturais e litígios de alta complexidade**: casos práticos analisados no mestrado da Enfam. Brasília: Enfam, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/3bw7hauk>. Acesso em: 25 mar. 2024.

PAIXÃO, Juliana Patricio da. **Estado de coisas inconstitucional**: regulação, políticas públicas e crise entre os Poderes. Belo Horizonte: Fórum, 2023. 147 p.

PESCE, Giovanna Brichi; SILVA, Alysson Carraschi da; COVRE, Eduardo Rocha; TOSTES, Maria Fernanda do Prado. Repercussões físicas, emocionais e socioeconômicas nos indivíduos que vivenciam a espera prolongada por cirurgia. **Revista SOBECC**, São Paulo, v. 26, p. 35-42, mar. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/mv56659c>. Acesso em: 14 mar. 2024.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 375 p.

SANTOS, Ana Borges Coêlho. **Direitos sociais pelo Poder Judiciário e seus reflexos em políticas públicas**: uma perspectiva através das lides estruturais. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 232 p. [Edição de 2019 – Ed. Del Rey – digitalizada].

SANTOS, Júlia Maria Tómas dos. Judicialização das políticas públicas e efetividade do direito à saúde. In: CARVALHO, Silzia Alves; FARIA,

Carolina Lemos de; OLIVEIRA, Antônio Flávio de (coord.). **Processo e políticas públicas de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 174 p.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. **Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. 312 p.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 194 p.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças**. Porto Alegre: TRF4, 2021. (Série Direito Hoje – online). Disponível em: <https://tinyurl.com/24nbhxyt>. Acesso em: 9 jul. 2024.

## Notas

- [1] No Brasil, foi adotado o modelo de incorporação da jurisprudência colombiana no precedente do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF, relativo ao sistema penitenciário brasileiro.
- [2] Há no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado n. 736/2015, visando a alterar as Leis n. 9.882/1999 e 13.105/2015 “para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo”. O projeto limita o campo de possibilidade do reconhecimento formal do “Estado de Coisas Inconstitucional” ao atendimento dos seguintes requisitos: a constatação de um quadro de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, perpetrada pelo Estado, por ação ou omissão, que afete número significativo de pessoas e impeça a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade humana; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e judiciais, que gere a violação sistemática dos direitos, a perpetuação ou o agravamento dessa situação; a previsão expressa, no texto constitucional, de políticas públicas que necessitem de concretização. No Brasil, foi adotado o modelo de incorporação da jurisprudência colombiana no precedente do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 347 MC/DF, relativo ao sistema penitenciário brasileiro.
- [3] “[...] a incumbência de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter vinculante, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Ag. Reg. no RE n. 1.165.054/RN. Relator: Min. Celso de Mello, DJe-STF de 31.5.2019).
- [4] “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.”
- [5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). REsp 1.854.842/CE. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Julgado em 2.6.2020, DJe 4 jun. 2020.

[6] Há na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 8.058/2014, o qual institui, para o controle e intervenção em políticas públicas, o processo estrutural, visando a facilitar o diálogo institucional, o diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais poderes e a sociedade, trazendo a preocupação com o assessoramento do juiz, a flexibilidade do procedimento, a busca por soluções consensuais e comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos e, ainda, a questão do acompanhamento do cumprimento das decisões sob supervisão do juiz. Igualmente, há o Projeto de Lei Substitutivo n. 1.641/2021, o qual prevê: a) estabelecer uma disciplina expressa para a cumulação de pedidos de forma ampla e para a permissão de adequação do objeto até o julgamento da demanda; b) aprimorar as regras sobre a execução e o cumprimento de decisão, ampliando a sua descentralização com delegação de atividades para fundos ou entidades específicas e permitindo tutelas estruturais para sua adequação aos parâmetros legais ou constitucionais; c) incorporar a previsão de convenções processuais antes e durante o processo, incluída a fase de execução e de cumprimento de decisões; e, por fim, d) aprimorar a proposta de conversão de ações individuais em ações coletivas.

Produzido pela Escola Superior do Ministério Público da União  
e composto nas fontes Fira Sans e Zilla Slab.

**2024 | Brasília-DF**

