

EDIÇÃO 20 OUT – NOV/2023
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR

ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



Editor-Chefe

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Desembargador Substituto Anderson R. Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação Editorial

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Chueire Calixto Guilherme

Layout

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, ed. 20. v.1, Curitiba, out-nov-2023.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: <https://ejud.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul>

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL



A 20ª Edição da Revista Gralha Azul, periódico jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, deste mês, apresenta trabalhos que cuidam de questões totalmente coerentes com a contemporaneidade, vindo assim, cotizar-se com os assuntos mais pujantes do momento.

O artigo científico que inicia essa edição foi desenvolvido pelo magistrado, Tiago Gagliano Pinto Alberto. O trabalho transcende os métodos tradicionais de análise de testemunhas e informantes. O autor trata das técnicas decisórias da dedução, indução e abdução, especificando-as e explicando quando utilizá-las.

Na sequência, o uso da tecnologia na judicialização da saúde foi a temática desenvolvida pelo Desembargador Hamilton Rafael Marins Schwartz. Com muita acuidade, o magistrado apresenta os critérios judiciais que devem ser analisados nas demandas prestacionais sobre saúde, evidenciando os marcos legais da inteligência artificial e propondo a utilização de ferramentas tecnológicas para a melhoria do panorama da judicialização da saúde, como por meio da integração de sistemas de *Business intelligence* para a criação de *Big Data* e pelo uso de sistemas de inteligência artificial específicos.

Em seguida, o constitucionalismo humanista e social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho, da magistrada Maria Lúcia Cardoso de

EDITORIAL

Magalhães, além de apresentar temas como a discriminação jurídica da mulher, a proteção legal à maternidade e à amamentação, os direitos da gestante e do nascituro, traz propostas para a modificação da legislação.

Ato contínuo, Bruno Smolarek Dias e Letícia Beatriz Chibior Bueno escrevem sobre a colisão de direitos fundamentais. Os autores perfazem uma verdadeira revisão literária sobre o tema, percorrendo conceitos basilares do formato dos direitos fundamentais, aprofundando-se na doutrina do filósofo Ronald Dworkin e do jurista Robert Alexy.

A seguir, o autor Júlio César Craveiro Deveschi faz uma análise do instituto do juiz das garantias à luz do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305. Utilizando-se da teoria da dissonância cognitiva, o trabalho demonstra a necessidade de sistematização da leitura legislativa do instituto com a decisão proferida pela Suprema Corte.

Em continuidade, a autora Erica Zanoni Fagundes Cunha em coautoria com Giseli Laguardia e Bruno Zanoni Cury tratam da compaixão, direito e as necessidades emocionais dos animais utilizados em turismo e entretenimento. O debate gize-se de grande acuidade nos novos tempos, uma vez que corrobora um novo padrão de direitos, havendo necessidade de reflexão ante sua ocorrência na atualidade.

Encerrando a sessão de artigos jurídicos, o sistema de resolução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC) – foi o tema que em parceria com as autoras Karen Hippertt e Adriane Garcel desenvolvemos para essa edição. No estudo, analisa-se o fator desenvolvimento e o perfil de seus usuários para demonstrar a necessidade de adequação da sistemática à luz do princípio do tratamento especial e diferenciado.

Na coluna artigos de opinião, a consultora jurídica Gisele Ferreira Sodré Antunes, apresenta sua pesquisa sobre a governança pública no Poder Judiciário do Estado do Paraná. O trabalho revela que o Programa de Governança Institucional do Tribunal de Justiça do Paraná trouxe significativos avanços na organização da instituição, além de possibilitar aos cidadãos o acompanhamento e controle social de suas ações, seja pelo Portal da Transparência, seja pelo Observatório de Dados do Tribunal.

Em nome de nosso conselho editorial, e de nosso Editor-Chefe desejamos a todos um bom Natal, repleto de paz, harmonia e esperança.

Retornamos em janeiro com a 21. Edição da Revista Galha Azul.

Tenham todos uma profícua leitura.

Ramon de Medeiros Nogueira¹

Diretor da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| EDITORIAL | 6 |
| Ramon de Medeiros Nogueira | |
| TÉCNICAS DECISÓRIAS DA DEDUÇÃO, INDUÇÃO E ABDUÇÃO: O QUE SÃO E QUANDO UTILIZÁ-LAS? | 9 |
| Tiago Gagliano Pinto Alberto | |
| INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MARCOS LEGAIS E FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS | 20 |
| Hamilton Rafael Marins Schwartz | |
| CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA E SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – DISCRIMINAÇÃO JURÍDICA DA MULHER – PROTEÇÃO LEGAL À MATERNIDADE E À AMAMENTAÇÃO – DIREITOS DA GESTANTE E DO NASCITURO – PROPOSTAS PARA MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO – CRECHES | 32 |
| Maria Lúcia Cardoso de Magalhães | |
| O JUIZ DAS GARANTIAS NA VISÃO DO STF: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DO JULGAMENTO DAS ADI'S nº 6.298, nº 6.299, nº 6.300 e nº 6.305 | 54 |
| Júlio César Craveiro Devechi | |
| O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC: FATOR DESENVOLVIMENTO E O PERFIL DE SEUS USUÁRIOS – A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA SISTEMÁTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DO TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO | 62 |
| Ramon de Medeiros Nogueira, Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel | |
| COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 75 |
| Bruno Smolarek Dias, Letícia Beatriz Chibior Bueno | |
| COMPAIXÃO, DIREITO E AS NECESSIDADES EMOCIONAIS DOS ANIMAIS UTILIZADOS EM TURISMO E ENTRETENIMENTO | 83 |
| Erica Zanoni Fagundes Cunha, Giseli Laguardia Cheim, Bruno Zanoni Cury | |
| A GOVERNANÇA PÚBLICA NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ | 97 |
| Gisele Ferreira Sodré Antunes | |

ARTIGOS

TÉCNICAS DECISÓRIAS DA DEDUÇÃO, INDUÇÃO E ABDUÇÃO: O QUE SÃO E QUANDO UTILIZÁ-LAS



Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

O presente artigo tem o objetivo de esclarecer a utilização das técnicas decisórias da dedução, indução e abdução, bem como explicitar em quais contextos devem ser aplicadas e como se encontram correlacionadas com os juízos de certeza ou de probabilidade lógicas. O artigo argumenta que a dedução resulta de um confronto entre premissas de naturezas diversas, normativa e lógica, e deve ser empregada quando a conclusão, lastreada em juízo de certeza, representar o termo médio entre

¹ Pós-doutor em Filosofia (Ontologia e Epistemologia) na PUC-PR. Pós-doutor em Psicologia Cognitiva na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-doutor em Direito pela Universidad de León/Espanha. Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor do Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP), da Escola da Magistratura Federal em Curitiba (ESMAFE), da Academia Judicial de Santa Catarina, da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e da Escola da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Instrutor da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Acre. Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco e Professor da Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Maranhão. Pesquisador estrangeiro do grupo de pesquisa "Discrecionalidad judicial y debido proceso", liderado pelo Professor Doutor Juan Antonio García Amado. Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Mente, vinculado ao Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná. Juiz de Direito Titular da 4 Turma Recursal do Poder Judiciário do Estado do Paraná. E-mail: tiagogagliano@hotmail.com

as premissas anteriores. A indução e abdução, por outro lado, devem ser utilizadas apenas na definição da premissa fática e estão necessariamente atreladas ao juízo de probabilidade, o que significa que não se logrará encontrar certeza na definição dos fatos, podendo ser almejado tão somente a reconstrução fática mais crível possível. O artigo aponta que a diferença entre a indução e abdução se situa no quadrante do estabelecimento e/ou confronto entre versões já estabelecidas, verificando-se, no primeiro caso, o raciocínio indutivo e no segundo o abductivo. Ao final, o artigo conclui que a utilização inadequada das técnicas reduz o âmbito dialógico de análise e contraste entre o que foi decidido e o argumentado, o que reduz o espectro argumentativo dos Litigantes. O artigo utiliza metodologia exploratória, com amparo em fontes bibliográficas nacionais e estrangeiras.

Palavras-Chave: técnicas decisórias; fatos e argumentação jurídica.

DECISION-MAKING TECHNIQUES OF DEDUCTION, INDUCTION AND ABDUCTION: WHAT THEY ARE AND WHEN TO USE THEM

This article aims to clarify the use of the decision-making techniques of deduction, induction and abduction, as well as explaining in which contexts they should be applied and how they are correlated with judgments of logical certainty or probability. The article argues that deduction results from a confrontation between premises of different natures, normative and logical, and should be used when the conclusion, based on a judgment of certainty, represents the middle term between the previous premises. Induction and abduction, on the other hand, should only be used in the definition of the factual premise and are necessarily linked to the judgment of probability, which means that it will not be possible to find certainty in the definition of the facts, and only the most factual reconstruction can be aimed at. believable as possible. The article points out that the difference between induction and abduction lies in the quadrant of establishment and/or confrontation between already established versions, verifying, in the first case, inductive reasoning and in the following case, abductive reasoning. In the end, the article concludes that the inappropriate use of techniques reduces the dialogical scope of analysis and contrast between what was decided and what was argued, which reduces the argumentative spectrum of the Disputers. The article uses an exploratory methodology, supported by national and foreign bibliographic sources.

Keywords: decision-making techniques; facts and legal argument.

INTRODUÇÃO

No âmbito da tomada de decisão, em especial na avaliação probatória, a prática demonstra a utilização de maneira atécnica dos termos dedução, indução e abdução. Essa impropriedade prejudica o exame não apenas do material probatório, erroneamente classificado como objeto de dedução a partir dos elementos indiciários consistentes com a formação da massa fática avaliada, como também dificulta o espectro de contraposição dialógica recursal contra a decisão que fez uso dos parâmetros lógicos inadequados. Isso porque ao mencionar equivocadamente a metodologia utilizada, tomando uma por outra, o decisor reduz o campo de aferição do material decisório e o contraste que dele se deve depreender pelo afetado no provimento.

Em geral, a dedução é tomada por indução no cotidiano forense, sugerindo que o decisor analise uma premissa fática em suas especificidades e, a partir de alguma metodologia técnica (ou muitas vezes atécnica), repute que o quadro completo da realidade se apresente a partir de um raciocínio por instância dedutiva (raciocínio por instância, apenas para clarificar, significa raciocínio a partir de casos), ao revés de posicioná-lo adequadamente no ambiente da indução ou abdução, considerando que nestas não há sobreposição de premissas, ao revés daquela, em que necessariamente haverá de se verificar o exame por contraste entre premissas de diversas ordens.

O presente artigo tem como objetivo, dessa maneira, desfazer esse equívoco, que, para além de denotar apenas debate acadêmico, prejudica tanto a utilização de metodologias adequadas e racionais no ambiente da tomada de decisão, como também a possibilidade de indagação recursal dialógica a partir dos critérios metodológicos utilizados.

1 A DEDUÇÃO

Talvez você já tenha ouvido a seguinte célebre frase atribuída ao famoso detetive Sherlock Holmes, criado pelo escritor Arthur Conan Doyle: "Elementar, meu caro Watson", seguida de uma conclusão, por dedução, acerca do autor de determinado crime, ou onde se encontrava escondida a arma utilizada na empresa criminosa. Essa afirmação, que, aliás, não consta nos textos originais de Conan Doyle, tendo sido atribuída ao personagem pela cultura popular, costuma ser verbalizada quando o detetive chega a uma conclusão acerca da prova analisada, logrando encontrar o culpado pelo cometimento de determinado crime.

A conclusão, por dedução, decorrente da frase, é um equivocado exemplo do uso do raciocínio

dedutivo, podendo também ser encontrada em um sem número de provimentos decisórios, de primeiro e segundo grau, quando o julgador, analisando todas as provas, aparentemente deduz a autoria do delito imputado ao(à) Acusado(a).

Tanto em um caso, o fictício, como nos outros, os reais, o termo dedução não se encontra adequadamente utilizado. E isso se dá, em função de que a análise levada a cabo tanto por Sherlock Holmes quanto pelos juízes não se baseou em um contraste entre premissas fáticas e jurídica, que desaguaria no ambiente dedutivo baseado na lógica formal, mas apenas no exame dos indícios que geraram uma conclusão a respeito da ocorrência, ou não, da premissa fática e a sua imputação à pessoa que se atribui como responsável pela violação à ordem jurídico-positiva.

A dedução não se situa no campo da formação da premissa fática, mas da produção da conclusão a partir da relação de implicação entre as premissas fática e jurídica (COPI, 1978, p. 193-195). Este produto, a conclusão, que é a dedução, resulta da implicação de premissas de diversas naturezas e, bem por isso, estará lastreada, ou garantida, justamente pelas premissas anteriores. Isso é dedução: a metodologia que gera o resultado garantido pelas premissas anteriores.

Vejamos de maneira ilustrativa, para facilitar.

Premissa fática: José deu uma facada no coração de Maria, produzindo resultado morte:

Premissa jurídica: artigo 121 do Código Penal.

Resultado, por dedução: José cometeu o crime previsto no artigo 121 do Código Penal.

Em termos proposicionais:

A (premissa normativa) \rightarrow B (premissa fática)

B (ocorreu B)

A (então A, resultado por dedução)

A origem do raciocínio dedutivo, como sói ser o da lógica formal, foi o pensamento de Aristóteles a respeito da construção da lógica considerada clássica. Naquele momento, o que queria o filósofo era encontrar uma maneira de atribuir certeza a um pensamento inferencial, logrando sucesso em sua empresa ao

perceber que a conclusão representava justamente o termo médio entre as premissas que a antecediam (ARISTÓTELES, 2016, p. 118). Por isso, ao mencionar que:

Premissa 1. Todos os homens são mortais;

Premissa 2. Sócrates é homem;

Não havia outra solução, senão a considerar como conclusão:

Sócrates é mortal.

Isso porque "Sócrates é mortal" figura exatamente como o termo médio existente entre a premissa mais ampla "Todos os homens são mortais" e a mais restrita "Sócrates é homem". Repare que Sócrates, que é homem, está em ambas, assim como mortal¹.

A conclusão se dá por dedução e esta forma de raciocínio consagra um juízo de certeza. Inexiste outra forma, senão a da conclusão posta, que correlacione ambas as premissas anteriores. Dito de outra forma: se todos os homens são mortais e Sócrates é homem, não há outra conclusão possível que correlacione as duas premissas senão o fato de que Sócrates é mortal.

O importante do raciocínio dedutivo – e nisso estava baseada toda a lógica Aristotélica – é justamente o fato de que se logra obter certeza inferencial a partir das premissas anteriormente expostas. O raciocínio dedutivo, portanto, é, por natureza, um raciocínio de certeza e somente pode ser utilizado quando for encontrado um termo médio representativo do contraste entre duas premissas anteriores. Lembre-se que a conclusão nada mais é do que o termo médio haurido a partir da contraposição da premissa maior (mais ampla) com a menor (mais restrita).

Em que pese posteriormente, sobretudo em função da escola da exegese, a premissa maior tenha sofrido uma transposição ao mundo do Direito e recebido a alcunha de premissa normativa, permanece a ideia de que a metodologia dedutiva se apresentará como resultado da incidência de uma premissa normativa à fática (ou, visto ao contrário, da subsunção da premissa fática à normativa). O correto, portanto, a ser escrito não é:

O cidadão entrou na casa, deu
uma facada na vítima,
retirando-lhe a vida, e saiu

correndo. Por isso, deduzo
que ele foi o autor do crime.

Mas sim:

O cidadão deu uma facada na vítima, retirando-lhe a vida. Assim, por dedução, cometeu o crime previsto no artigo 121 do Código Penal.

A primeira forma de exposição dos fatos está equivocada, porque não há uma dedução, mas a exposição de uma premissa apenas, a fática. Inexistindo contraste entre premissas, não haverá conclusão por dedução, mas apenas indução ou abdução a respeito da reconstrução dos fatos narrados.

Falar em dedução, no caso, será equivocado, na medida em que se estará conferindo juízo de certeza a algo que não se pode assegurar com base nas premissas anteriores. Como veremos adiante, em relação ao fato, o máximo que podemos esperar é a reconstrução o mais fiel possível comparado ao que ocorreu; jamais encontraremos a certeza.

Duas observações para finalizar a dedução.

A primeira é a de que a lógica Aristotélica não foi pensada para acomodar premissas normativas e fáticas em um ambiente decisório tal como aplicamos atualmente a partir da inferência subsuntiva. A relação de implicação entre norma e fato é um construto artificial, produzido pela engenhosidade humana, e não algo que advém da natureza e possa ser observado. Ao destacar o tópos de que "Todos os homens são mortais", o filósofo partiu de um lugar-comum, isto é, o fato de que não foram observados, naquela ocasião e tampouco até o momento, a existência de homens imortais. Assim, contrastando o lugar-comum com uma premissa mais reduzida, que também é fática, de que "Sócrates é homem", então era seguro encontrar uma conclusão, por dedução, no sentido de que "Sócrates era mortal".

Repare que ambas as premissas, na lógica Aristotélica, são oriundas da mesma natureza, a fática. Ambas derivam de observações e podem ser analisadas sob o ponto de vista da compreensão humana. Avançando no tempo, tem-se que esse raciocínio foi adaptado ao Direito, por meio da transformação da

¹ A famosa proposição silogística "Todos os homens são mortais; Sócrates é homem; logo, Sócrates é mortal" é muitas vezes atribuída a Aristóteles e é comumente usada como um exemplo clássico de um silogismo em várias discussões sobre a lógica

aristotélica. No entanto, é importante notar que essa formulação específica não aparece assim em suas obras sobreviventes, mas o método silogístico que ela exemplifica é central para a teoria lógica de Aristóteles.

premissa maior em premissa normativa, como se a relação de implicação da norma ao fato fosse algo natural, observável. Não é. E sequer há, aliás, qualquer justificativa para a relação de implicação norma-fato, senão apenas a da transformação de realidades fáticas em jurídicas pelo Direito.

Esse problema é conhecido como Dilema de Jørgen Jørgensen e não apresenta solução até hoje (ROSS, 1944, p. 30-46)². Ou seja, para viabilizar a aplicação do Direito, ignoramos o fato de que não há qualquer explicação natural para a relação de implicação norma-fato. Do contrário, o silogismo judiciário seria destruído e não haveria como aplicar normas aos fatos, o que seria impensável.

A despeito, pois, do Dilema mencionado, permanece a técnica dedutiva, com base em juízo de certeza, para o contraste entre premissas normativas e fáticas, como se ambas tivessem efetivamente a mesma natureza e uma fosse mais ampla do que a outra. Mas, independentemente dessa discussão, haverá de se verificar uma contraposição entre ambas as premissas para que se possa invocar o raciocínio dedutivo. Estará incorreto, na definição da premissa fática, isto é, na reconstrução dos fatos, dizer que se concluiu algo por dedução.

E outra observação. Na dedução é muito importante o juízo de certeza. Essa certeza não é algo que derive da construção processual de uma coisa julgada material, ou que possa ser depreendida da verdade supostamente encontrada a partir da prova dos autos. Isso apesar de a expressão "verdade" ser por demais controvertida e gerar um sem-número de debates e infundadas discussões (Haack, 2011, p. 87-106). Aqui, ao contrário, a certeza não é um construto jurídico (ao menos na lógica clássica), mas sim um produto lógico da contraposição das premissas anteriores, que resultou no termo médio apto a ensejar a conclusão.

Portanto, ao se invocar a dedução, o que também se está declarando é: (a) que existem duas ou mais premissas, normativas e fáticas; (b) que houve contraposição entre elas; e (c) que o resultado é a conclusão, com base em certeza.

Note que mesmo sendo derrotado o resultado, por aplicação da teoria da derrotabilidade, a incidência segue existindo e se verificando na prática, sendo apenas afastado temporariamente o resultado em função de alguma circunstância específica, geralmente fincada no aspecto absurdo ou ineficaz do próprio resultado (Prakken, Henry; Sartor, Giovanni, 2004, 118-139).

Imagine o furto de 1/30 avos de um grafite de lapiseira. Essa quantidade de material furtado não poderá sequer gerar a deflagração de persecução criminal, em função da ausência de tipicidade material. Isso, no entanto, não quer dizer que o ilícito não tenha ocorrido; ocorreu, mas o resultado foi afastado, em razão da ausência de tipicidade material. Ou seja, sob o ponto de vista da dedução, ocorreu o contraste entre as premissas normativa e fática, gerando a conclusão apta a denotar a violação à ordem jurídico-positiva, mas o resultado criminal, por ser absurdo, foi afastado.

Em algumas situações, é importante deixar claro que a incidência, por dedução, ocorreu, tendo apenas o resultado sido afastado, considerando que outros efeitos, em geral não-penais, podem advir da violação à ordem jurídico-positiva.

Considere, por exemplo, que o Poder Judiciário decida, em última instância, que o porte de pequena quantidade de maconha não é considerado crime quando estiver atrelado ao uso. Isso não quer dizer que o usuário, em que pese não venha a ser responsabilizado criminalmente, possa deixar de receber alguma outra sanção, civil ou administrativa. E tal se dará precisamente porque houve a violação da ordem jurídico-positiva, materializada pela incidência da premissa normativa à fática, mas sim pela derrota do resultado criminal que poderia ter sido aplicado justamente pela dedução.

Essa é uma importante consequência do raciocínio dedutivo. Uma vez que se verifique o resultado por dedução, este não poderá ser afastado, ignorado ou proscrito, conquanto possa ter as suas consequências derrotadas. Resultado, portanto, é diferente de consequências do resultado; e a incidência se opera de qualquer forma, ainda que o resultado seja afastado, relativizado ou postergado.

Aliás, a tão utilizada técnica de modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma norma nada mais é do que a postergação do resultado do juízo de contraste entre o padrão jurídico de referência normativa, a Constituição, e o material normativo subordinado, o ato questionado. O resultado se dá de qualquer maneira, por dedução, mas as suas consequências são afastadas por algum motivo jurídico apto a tal.

Observemos agora como funciona o raciocínio indutivo.

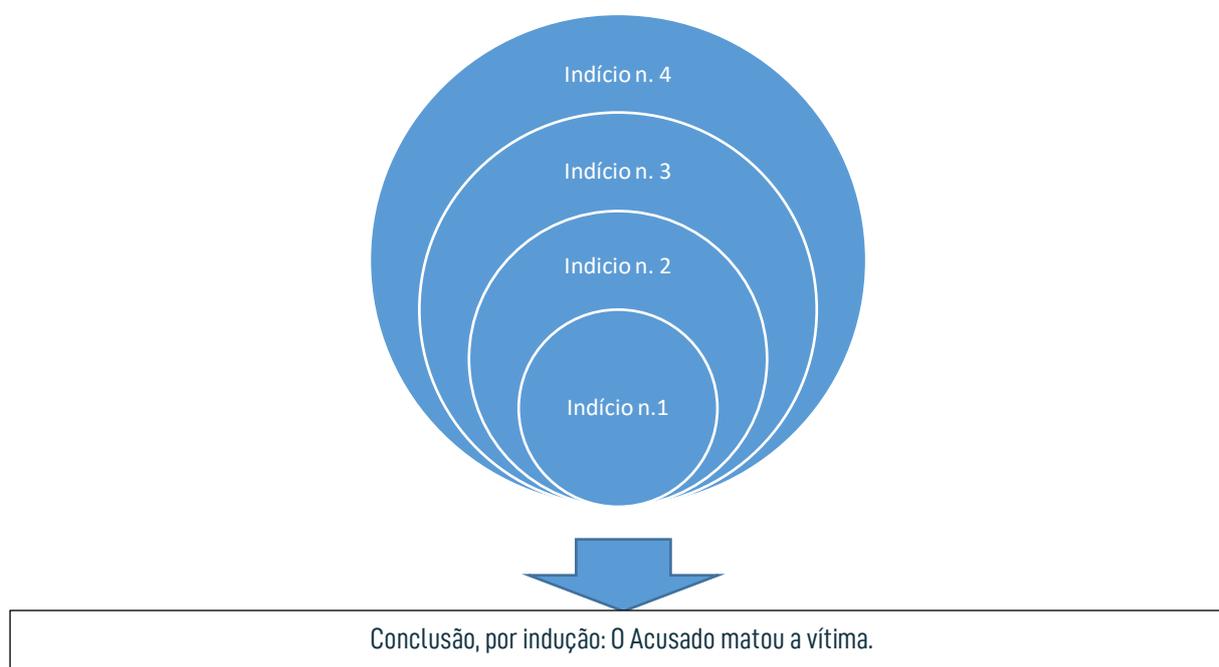
² Tentativas foram empreendidas no sentido do salvamento da lógica formal, porque, a rigor, o Dilema destruiria por completo o mecanismo subsuntivo judicial, justamente porque é artificial – Alf Ross, Kalinowski, Dubislav, Alchourrón e Antonio Martino são exemplos de autores que lidaram com a temática –, mas talvez

apenas Georg Henrik Von Wright e a ideia das proposições normativas apartadas das normas possam consubstanciar verdadeiro antídoto para o dilema que soçobra a lógica enquanto tal.

2 A INDUÇÃO

A metodologia indutiva parte da ideia da generalização, ou universalização, de assertivas particulares. No campo da teoria da decisão judicial, a fundamentação por indução estará indelevelmente atrelada à definição da premissa fática e configurada quando, a partir de indícios³ aptos a comprovar determinado segmento do delineamento dos fatos, for possível depreender uma reconstrução mais completa do que se alega ter ocorrido (Lakatos e Marconi, 2007, p. 86).

Vejamos, em termos ilustrativos.



Há algumas diferenças importantes nesse raciocínio, que o apartam em definitivo da dedução.

Em primeiro lugar, tanto a indução como a abdução são raciocínio ligados ao estabelecimento de apenas uma premissa: a fática. Em sendo assim, não objetivam juízo de certeza, mas sim de probabilidade (Carnap, 1968, p. 258-314). Isso quer dizer que jamais se terá certeza sobre a reconstrução correta e fiel dos fatos narrados. O que se objetiva é elevar a possibilidade de a generalização dos indícios ensejar a reconstrução mais fiel possível acerca do fato naturalístico alegado e descrito⁴.

Indício n.º.1: testemunha narra que viu uma pessoa entrando na casa;

Indício n.º.2: testemunha narra que ouviu um grito na casa;

Indício n.º.3: testemunha narra que viu alguém saindo da casa com uma faca na mão;

Indício n.º.4: testemunha narra que viu uma pessoa saindo ensanguentada da casa, pedindo socorro e caindo do lado de fora;

Raciocínio por indução: tomando-se todos os indícios mencionados, particulares, generaliza-se a reconstrução do fato bruto narrado, isto é, que a pessoa acusada deu uma facada na vítima dentro da casa e, com isso, produziu o resultado morte.

Em termos gráficos, o raciocínio poderia ser representado da seguinte forma:

Aliás, diga-se de passagem, outros ramos do pensamento científico como a psicologia do testemunho, a experimental, as neurociências e tantos outros têm demonstrado, a partir de estudos reveladores de consistentes achados científicos, que: (a) mesmo que várias pessoas assistam a ocorrência do mesmo fato, cada qual terá a percepção de uma realidade distinta, baseada em seu próprio foco e construção mental acerca da captação dos meandros

³Para a finalidade desse artigo, indícios e provas são considerados sinônimos. Conquanto epistemologicamente não exista diferença entre ambos, esse é um tema que não será abordado no presente trabalho.

⁴Carnap, Hume e Popper divergem quanto ao ponto, não em relação à fixação da indução no ambiente dos fatos, mas em relação à

compreensão da indução como método científico (em razão da possibilidade, ou não, de raciocínio indutivo-inferencial). Essa é uma discussão que não pode ser abordada nesse momento, mas que tampouco prejudica o raciocínio desenvolvido no texto.

inerentes àquela situação vivenciada (Sellars, 2008, p. 111-119); (b) ainda que fosse possível retornar ao passado, a mesma pessoa que viu determinado fato o veria de forma distinta, em função da neuroplasticidade cerebral e de reconstruções neuronais acerca da mesma realidade (Sapolsky, 2021, p. 322-350). A realidade ostenta diversas camadas, cada qual sendo captada de maneira mais ou menos profunda por pessoas diversas e, inclusive, pela mesma pessoa.

Em assim sendo, é mais do que curial compreender que não se possa, com a generalização de indícios aptos a configurar uma versão da realidade fática, obter juízo de certeza. Lembre-se que o juízo de certeza lógico decorre do fato de que o resultado representa o termo médio entre as premissas que o antecedem. No campo da definição fática, no entanto, não há termo médio, porque não há confronto entre premissas, mas apenas o estabelecimento de uma delas, a fática.

Isso muda desde o vocabulário utilizado nas decisões, que devem ser alteradas de dedução para indução quando, agregando indícios, se puder obter o estabelecimento de uma realidade, até a compreensão da verdade (seja lá o que verdade for e se é que existe) no ambiente probatório, que, a rigor, inexistirá, representando a reconstrução dos fatos a aproximação mais fiel possível entre o fato provado e o bruto, ocorrido no ambiente da realidade.

Há mais.

Considerando que o juízo de probabilidade é o esperado para a definição da reconstrução fática, haverá de se encontrar um meio de ligar os indícios à versão universalizada construída a partir da sua configuração e aglutinamento. Aqui são diversas as propostas.

Acaso se posicione o problema no ambiente epistemológico, será possível cogitar do raciocínio inferencial ligando os indícios entre si ou a uma versão fundada em crenças básicas. No primeiro caso, ter-se-á uma proposta coerentista (Bonjour, 2013, p. 15-166) e no segundo fundacionalista (Zalabardo, 2014). Também será viável acreditar no procedimento de produção dos indícios e da sua validação epistêmica, como se verifica no caso de exames de DN, por exemplo. Nesse caso, estaremos diante do confiabilismo epistemológico (Armstrong, 1973). Há, ainda, a possibilidade de consideração mais pragmática da realidade, ligando os indícios ao contexto em que desenvolvidos, oportunidade em que se terá a utilização do pragmatismo epistêmico (Rorty, 1998); e, ainda entre muitas outras possibilidades, também considerar o filtro das virtudes do decisor para a resolução das questões fáticas desenvolvidas, situação em que será trabalhada a epistemologia das virtudes (Amaya, 2017). Há, nesse campo, diversas outras possibilidades, tendo sido assinaladas apenas algumas que, com base na justificação epistêmica, pretenda atribuir um critério

de correção à validação fática dos indícios e a sua conversão em uma versão final com credibilidade mais elevada.

Se os depoimentos/declarações ofertados estiverem em foco, haverá a possibilidade de utilização dos ensinamentos oriundos da psicologia do testemunho, a fim de verificar a elevação do grau de corroboração entre o que foi dito e a reconstrução mais ou menos adequada dos fatos narrados. Assim, será possível a utilização desde técnicas de entrevista, como também de análise da credibilidade do testemunho, a exemplo, *numerus apertus*, das técnicas PEACE, HELPT, CBCA, RM, SCAN, que são técnicas de valoração da credibilidade do que foi falado (Manzanero; González, 2023), até técnicas afetas ao exame da linguagem não verbal, como, por exemplo, FACE (Face Action Coding System), o NBAM (Nonverbal Behavior Analysis Matrix) e a técnica das microexpressões.

Acaso o comportamento – e não o conteúdo das declarações, ou a cadeia inferencial de ligação entre os indícios – seja o foco da análise, então as neurociências comportamentais (aqui incluídas diversos aspectos e métodos de aferições de comportamentos baseados em ensinamentos neurocientíficos), a psicologia comportamental, a economia comportamental, a medicina, o marketing e diversos outros ramos do pensamento científico poderão contribuir, cada qual com aportes importantes e valiosos direcionados à compreensão dos comportamentos adotados, a sua percepção, valoração e retomada a partir de narrativas. Questões como vieses cognitivos, heurísticas, movimentos centrais e periféricos, fluxos de narrativas e conexos figurarão como métodos de ampliação da compreensão e exposição da realidade a partir dos indícios verificados, narrados e expostos pelos atores inseridos no contexto da cena fática.

A escolha da técnica apta para reconstruir os fatos a partir dos indícios se dará conforme o foco da realidade que se objetive. Algo, no entanto, não se alterará: haverá a necessidade de, a partir do cimento metodológico, unir os diversos indícios a fim de que uma única versão da realidade se apresente definida. A isso se dá o nome de raciocínio por indução, ou indutivo.

3 A ABDUÇÃO

Agora que sabemos diferenciar dedução de indução, impõe-se situar a abdução, a fim de que possamos posicionar adequadamente as técnicas decisórias para definição dos fatos e o seu contraste com a premissa normativa.

De saída, importa destacar que, assim como a indução, a abdução é uma técnica utilizada para avaliação dos fatos e não para o contraste entre estes e a premissa normativa. Isso já nos remonta à ideia de juízo de probabilidade e não de certeza, na medida em que este, o de certeza, encontra-se alocado unicamente no estabelecimento do resultado a partir do contraste entre as premissas normativa e fática.

Assim como a indução, a abdução não tem por objetivo estabelecer uma verdade, mas elevar o nível de corroboração entre a reconstrução do fato e o fato bruto em si, tal como narrado. Inexiste compromisso com a certeza do estabelecimento de uma versão única como sendo a verdadeira, senão apenas a mais crível a partir de determinados parâmetros. Também como a indução, a abdução lançará mão de técnicas para definição da versão de credibilidade mais elevada entre as várias possíveis.

Apartando-se em definitivo da dedução e apresentando elementos de conexão com a indução (estabelecimento da premissa fática, juízo de probabilidade e necessidade de técnicas para definição da versão), o que então se apresenta distinto entre indução e abdução?

Como vimos anteriormente, a indução trabalha com a universalização de indícios que, conglobados, darão ensejo a uma versão sobre a reconstrução dos fatos. Aqui figuram os elementos distintivos entre indução e abdução. É que esta, a abdução, pressupõe: (a) a existência entre várias versões, cada qual com os seus indícios; e (b) o confronto entre elas, resultando na necessidade da definição de uma mais provável do que a outra. É, de acordo com Peirce, uma hipótese ampliativa de pensamento, denominada por ele de retrodução, ou apagôgêde no pensamento Aristotélico (Peirce, 1997, p. 6). À diferença da indução, que trabalha apenas com indícios necessários à formação de uma versão, a abdução pressupõe a existência de várias versões e a necessidade de compreensão de que uma será mais acertada do que a outra, a fim de que se possa, a partir dessa decisão, compreender, com maior grau de credibilidade, o que ocorreu. Para facilitar o entendimento acerca desse método, imagine uma série de sintomas de determinada enfermidade apresentadas por uma pessoa doente e o raciocínio, por abdução, que o médico faz para encontrar o diagnóstico

baseado em exame clínico; há diversos sintomas relacionados à apresentação de várias enfermidades, mas apenas um será o diagnóstico, correspondente a uma única doença.

Para exemplificar o raciocínio abduativo na tomada de decisão, teríamos o seguinte:

Declaração da vítima:

Indício nº. 01 – O acusado me abordou no interior do ônibus, sentando-se ao meu lado, puxando assunto e, mostrando uma faca, obrigando-me a descer na mesma parada que ele;

Indício nº. 02 – O acusado me mostrou a faca, disse também que estava armado e me obrigou a ir com ele a uma rua escura;

Indício nº. 03 – Ali, na rua escura, o acusado me obrigou a retirar a roupa e me deitar no chão.

Indício nº. 04 – Deitada no chão e sob a ameaça da arma e da faca, o acusado me estuprou e depois saiu correndo.

Interrogatório do Acusado:

Indício nº. 01: – Sentei-me ao lado da mulher no ônibus e ela começou a puxar assunto, dizendo que havia sido traída pelo seu namorado e como queria dar o troco;

Indício nº. 02 – Saí no ponto de ônibus e ela desceu junto comigo, perguntando-me se não queria tomar um café com ela em uma lanchonete próxima, cujo caminho ela conhecia;

Indício nº. 03 – No caminho da lanchonete, passamos por uma rua escura, quando ela então me disse que se sentiu atraída por mim e perguntou se não poderíamos ter uma relação sexual.

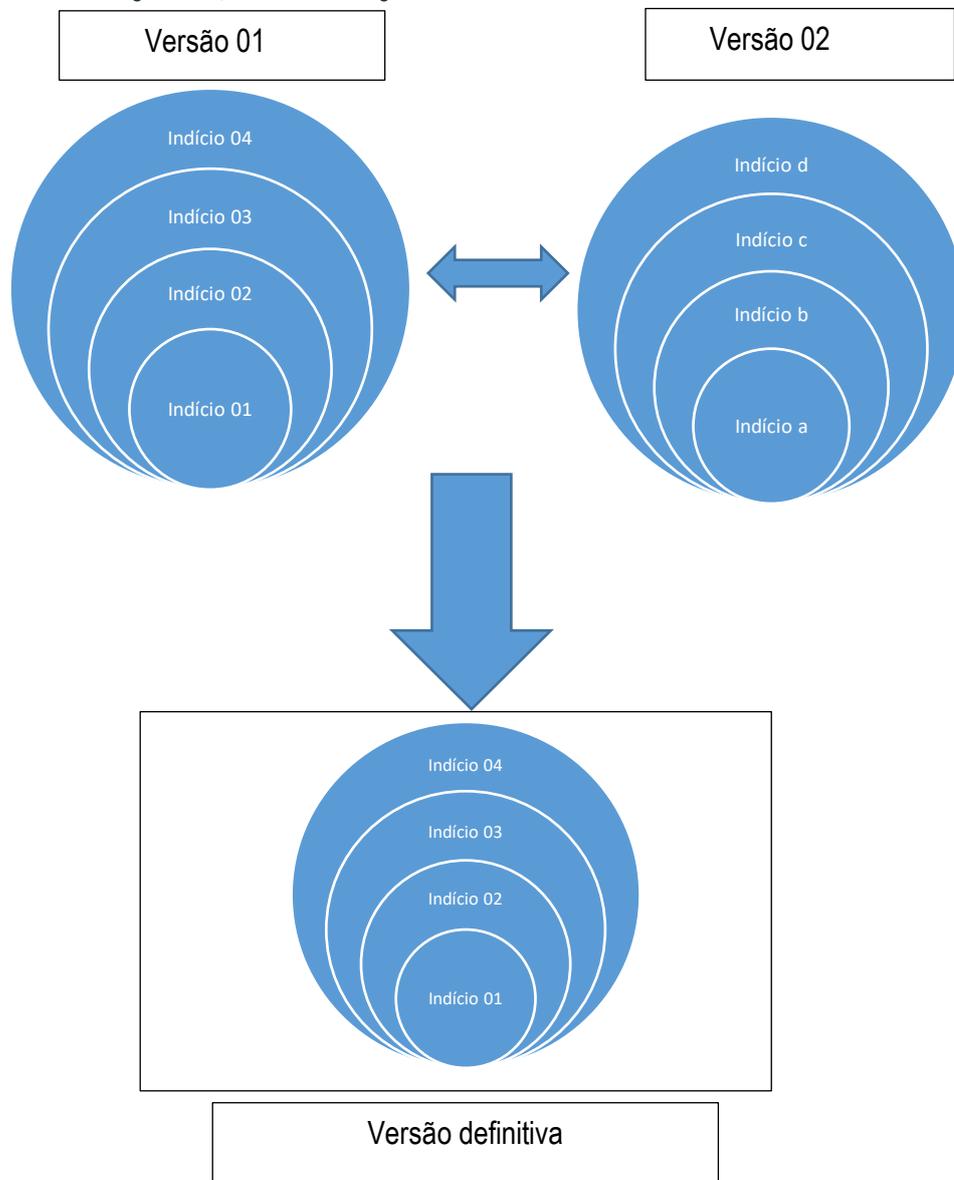
Indício nº. 04 – Fizemos sexo consensual e depois disso ela disse que se arrependia e que ainda amava o namorado dela, motivo pelo qual me falou que me acusaria de estupro. Eu, assustado, saí correndo.

Repare que existem diversos indícios decorrentes de duas versões distintas e antagônicas. Fosse o caso de se utilizar o raciocínio indutivo, ter-se-ia que estabelecer, a partir da generalização dos indícios mencionados, qual a versão cabível. Mas existem duas versões distintas e, como destacado, contrárias entre si, o que demanda, além do

raciocínio indutivo, também outra forma de estabelecimento da reconstrução da realidade a mais adequada possível. Para tanto, tem-se o raciocínio abduutivo, que consiste no confronto entre as duas ou

mais versões, a fim de que se possa definir qual delas tem o maior grau de credibilidade e, por isso, deverá ser adotada como a reconstrução mais provável acerca do fato bruto.

Em termos gráficos, teríamos o seguinte:



A abdução será, portanto, a técnica a partir da qual se decidirá entre as duas ou mais versões disponíveis, cada qual com os seus pertinentes indícios.

Para tanto, isto é, para a definição acerca da versão definitiva, que tenha o grau mais elevado de credibilidade, deverão ser utilizadas as mesmas técnicas mencionadas na indução, com o diferencial de que, uma vez estabelecida as versões, deverá ser buscada qual a mais consistente, a partir da compreensão de qual ostenta o mais elevado grau de corroboração, isto é, a credibilidade mais acentuada. Será um raciocínio de dois passos: uma vez aferida, a partir das compreensões epistemológicas, baseadas na psicologia do testemunho, comportamental, ou de outras ordens, como acima destacado, o grau de credibilidade de ambas as versões, tais deverão ser

comparadas, a fim de perscrutar qual representa a reconstrução mais adequada do fato, desde o ponto de vista científico. A técnica da abdução consistirá, portanto, na comparação das versões já definidas, descartando uma e preferindo a outra para fins de exame da reconstrução do caso.

Atenção ao fato de que, da mesma forma que a indução, a abdução se insere no contexto da definição da premissa fática, de modo que não se pode – e tampouco deve – esperar certeza na reconstrução dos fatos. O que se tentará será uma aproximação mais fiel possível com o fato bruto. A certeza, ou, em termos mais técnicos, o juízo de certeza, está situado apenas no quadrante da dedução, na medida em que, apenas

para repisar, a conclusão representará o termo médio entre as premissas anteriores (desconsiderando, aqui, o Dilema de Jørgen Jørgensen), que são de diferentes naturezas.

CONCLUSÃO

O presente artigo nada traz de novo. Em realidade, limita-se a explicitar o que se compreende como as técnicas da abdução, dedução e indução, a fim de que possam ser aplicadas corretamente no ambiente decisório.

A utilização incorreta das mencionadas técnicas resulta em uma diminuição do caráter dialógico do exame do conflito, na medida em que reduzirá a possibilidade de argumentação correta a respeito das decisões tomadas. Imagine, por exemplo, que o juiz, confundindo indução com dedução, compreenda que está comprovada, com juízo de certeza, a versão de um acusado. Nesse caso, ao assim elaborar a sua sentença, terá retirado do Litigante a possibilidade de se contrapor ao decidido sob o fundamento de que a construção do fato não se deu corretamente quer sob o ponto de vista epistemológico, quer da psicologia, experimental ou do testemunho, ou de ramos científicos aplicáveis ao tema. Poderia ter havido, a modo de ilação, uma declaração que tenha desconsiderado os resultados da Lei Yerkes-Dodson, ou os efeitos da passagem do tempo, ou o Weapon effect (para ficar apenas com algumas sugestões oriundas da psicologia do testemunho), mas, por ter tomado como acertada a versão, este aspecto sequer terá sido examinado para fins de atribuição de credibilidade na construção da versão a partir dos indícios nela inseridos. Em síntese: tomou-se por certo, amparado por juízo de certeza, algo que não passa, e nunca passará, de crível ou não. De igual forma, ao ser reputada como provável a construção decisória haurida do juízo dedutivo, ter-se-á ignorado a sujeição da conclusão às premissas que a antecedem, suprimindo a possibilidade de os Litigantes arguirem a inadequação da premissa normativa, a não ocorrência da elaboração fática adequada e, bem assim, a relação entre ambas as premissas.

Por último, uma observação: as expressões juízo de certeza e de probabilidade em nada se atrelam à compreensão processual referente aos mesmos termos. Certeza e probabilidade, no ambiente da abdução, dedução e indução, representam construções diversas àquela em que se reputa como de cognição exauriente o provimento decisório final, que, bem por isso, é dotado de certeza; e sumária o provisório, que, também por esse motivo, é alcunhado de provável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAYA, A. (2017). Virtudes y Razonamiento Probatorio. */n: Revista Anuario: Diálogos jurídicos* (2), 19-36.

ARISTÓTELES. Órganon: Categorias, Da Interpretação, Analíticos Anteriores, Analíticos Posteriores, Tópicos, Refutações Sofísticas. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini/ São Paulo: Edipro, 3. ed., 2016.

ARMSTRONG, David M. *Belief, Truth, and Knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

BONJOUR, Laurence. La Teoría Coherentista del Conocimiento Empírico. In: GARCÍA, Cláudia Lorena; ERAÑA, Ángeles; DÁVALOS, Patricia King. *Teorías Contemporáneas de la justificación epistémica. Volumen I. Teorías de la justificación en la epistemología analítica*. México: Universidad Autónoma de México, 2013.

CARNAP, Rudolf. *Inductive Logic and Inductive Intuition*. */n: STUDIES IN LOGIC AND THE FOUNDATIONS OF MATHEMATICS*. Volume 51, 1968, Pages 258-314.

COPI, Irving. *Introdução à lógica*. Tradução de Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

HAACK, Susan. *Manifesto de uma moderada apaixonada: ensaios contra a moda irracionalista*. Tradução de Rachel Herdy. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Edições Loyola, 2011.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 2007.

MANZANERO, Antonio L; GONZÁLEZ, José Luis. *Obtención y valoración del testimonio. Protocolo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT)*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2023.

PEIRCE, Charles Sanders. *Lecciones de la historia de la ciencia*. Traducción de Fernando C. Vevia. In: Charles S. Peirce. *Escritos filosóficos*, F. Vevia (tr., intr. y notas), El Colegio de Michoacán, México, pp. 47-76, 1997.

PRAKKEN, Henry; SARTOR, Giovanni. *The three faces of Defeasibility in the Law*. In: *RATIO JURIS*, volume 17, issue 1, march 2004, 118-139.

RORTY, Richard. *Truth and Progress*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ROSS, Alf. *Imperatives and Logic*. */n: PHILOSOPHY OF SCIENCE*, nº. 1, v. 11, jan. 1944, p. 30-46.

SAPOLSKY, Robert M. *Comporte-se. A biologia humana em nosso melhor e pior*. Tradução de Giovane Salimena e Vanessa Barbara. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SELLARS, Wilfrid. Empirismo e Filosofia da mente. Tradução de Sofia Inês Albornoz Stein. Petrópolis: Vozes, 2008.

ZALABARDO, José. Conocimiento y escepticismo. Ensayos de epistemología. México: Universidad Autónoma de México, 2014.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: MARCOS LEGAIS E FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS



Hamilton Rafael Marins Schwartz¹

O presente artigo tem como objetivo apresentar os critérios que o magistrado observa nas demandas prestacionais sobre saúde, as regulamentações quanto ao uso da inteligência artificial e sugerir duas soluções tecnológicas para apoio do magistrado nas decisões pertinentes ao direito à saúde. A problemática está em analisar a necessária utilização de

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Formado em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Realizou estudos no 1º Curso del Programa de Doctorado Mercado y Derecho da Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, Espanha. Vice-Coordenador do Comitê Executivo de Saúde Estadual do Conselho Nacional de Justiça – CNJ no Paraná de 2019 a 2023. Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na gestão 2019/2020. Juiz Formador da Escola Judicial do Paraná – EJUD/PR e da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/2820957314655894>. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-0022-6304>.

ferramentas tecnológicas na judicialização da saúde. A metodologia utilizada é baseada em estudo doutrinário, consulta à legislação e análise de dados. Por conclusão, tem-se que a integração dos sistemas de Business Intelligence dos órgãos públicos para a criação de Big Data e o uso de sistemas de inteligência artificial nas ações judiciais de saúde, como vem ocorrendo no Tribunal de Justiça do Paraná com o projeto NatJusGPT, são um grande passo para maior celeridade e eficiência, em consonância aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: inteligência artificial; regulamentação; ferramentas tecnológicas; judicialização da saúde; NatJusGPT.

This article aims to present the criteria that the magistrate must analyze in health judicial demands, the regulations on the use of artificial intelligence and suggest two technological solutions to assist the judge in decisions relating to the right to health. The issue is analyze the necessary utilization of technological tools in the judicialization of health. The methodology used is based on doctrinal study, consultation of legislation and data analysis. In conclusion, the integration of Business Intelligence systems of the public agencies for the creation of Big Data and the use of artificial intelligence systems in judicial health processes, as has been occurring at the Court of Justice of Paraná with the NatJusGPT project, are a major step towards greater celerity and efficiency, in line with fundamental rights.

Keywords: artificial intelligence; regulation; technological tools; health judicialization; NatJusGPT.

INTRODUÇÃO

São inúmeros os critérios que o magistrado deve analisar para uma única decisão liminar na seara do direito à saúde, que em muitos casos pode ser essencial para a vida de uma pessoa.

A complexidade das demandas de saúde judicializadas é enorme. Cada uma com um aspecto diferente, com um tratamento específico a ser analisado.

O painel de estatísticas processuais do direito à saúde do Conselho Nacional de Justiça aponta que somente em 2023 foram ajuizados mais de 325.000 (trezentos e vinte e cinco mil) processos.

Diante de tal contexto, qual é a perspectiva da judicialização da saúde? Existem soluções para a melhoria desse panorama?

Pelo estado da arte da inteligência artificial e das novas tecnologias, a utilização de ferramentas tecnológicas em prol do direito à saúde emerge como principal solução para a problemática apresentada.

A pesquisa justifica-se ante a urgente necessidade de novos instrumentos de apoio ao magistrado para as decisões judiciais na área da saúde.

Para tanto, a metodologia utilizada é alicerçada em estudo doutrinário, consulta à legislação e análise de dados.

Primeiramente, serão abordados os critérios que englobam a análise das demandas prestacionais sobre saúde.

Em um segundo momento serão apresentados os marcos legais da inteligência artificial e a necessidade da ética protagonizar o desenvolvimento de soluções tecnológicas.

Por fim, serão apresentadas duas propostas de ferramentas tecnológicas que serão de grande valia para apoio ao magistrado e aperfeiçoamento da judicialização da saúde em convergência com a eficiência, celeridade e efetivação dos direitos fundamentais.

1 CRITÉRIOS JUDICIAIS PARA A ANÁLISE DE PROCESSOS ATINENTES AO DIREITO À SAÚDE

No novo constitucionalismo, o Judiciário vem atuando incansavelmente na efetivação dos direitos fundamentais, por ser sua função como Poder do Estado, mas também pelas características próprias da sociedade brasileira, cuja judicialização das relações sociais é uma característica marcante.

Segundo dados do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, no ano passado foram baixados mais de 30 (trinta) milhões de processos, sendo o ano de 2022 o de maior demanda processual no judiciário, diante do ingresso de ações represadas de 2020 e 2021 em razão da pandemia (CNJ, 2023, p. 93).

O magistrado, quando recebe uma petição inicial em processos da saúde, deve analisar, em caráter liminar, em um prazo exíguo: (i) a competência (se o custeio do medicamento ou do procedimento é federal, estadual, municipal ou de mais de um ente); (ii) os aspectos processuais, custas, justiça gratuita, possibilidade jurídica do pedido, representação processual, entre outros; (iii) o local de residência do paciente; (iv) hipossuficiência econômica; (v) litispendência (pois houve casos de mesmo pedido em estados diferentes e até mesmo concomitantemente na Justiça Comum e na Justiça Federal); (vi) o histórico do paciente e a(s) enfermidade(s) que lhe acometem; (vii) a droga ou o tratamento alegadamente necessário (desde medicamentos básicos até para o tratamento de câncer, próteses, medicamentos psiquiátricos, *homecare* (atendimento domiciliar), medicamentos experimentais, farmacogenética (Zolgensma), imunoterapia, transplantes, realização de exames médicos, importação de medicamentos, tratamentos de transtorno de espectro autista com caráter interdisciplinar, entre outros); (viii) os pareceres ou as notas técnicas existentes do Natjus (Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário); (ix) o registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária); (x) se o medicamento ou o procedimento foi analisado e aprovado pela CONITEC (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde); (xi) a precificação na CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos); (xii) a meta-análise da Cochrane Collaboration, da BMJ (British Medical Journal) ou Lilacs (Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde); (xiii) o critério QALY; (xiv) os tratamentos prévios no SUS (Sistema Único de Saúde) e se o SUS possui medicamento ou protocolo daquela enfermidade, se há lista de espera, etc; (xv) a existência de vagas na central de leitos de UTI (Unidade de Terapia Intensiva); (xvi) internações em hospitais, internações em hospitais em outros estados e países; (xvii) a consequência da decisão e fazer a análise econômica do medicamento (artigo 21 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB); (xviii) se o medicamento é nacional ou importado, para fixar o prazo de cumprimento da liminar; (xix) se a compra é por licitação e se vai bloquear as contas do Estado ou do Ministério da Saúde; (xx) a evolução do paciente, sendo informado da necessidade de tratamentos complementares ou mesmo se o paciente veio a óbito e; (xxi) sempre ter em mente a evolução da medicina e os interesses da indústria farmacêutica.

Além disso, em consulta ao painel de Estatísticas Processuais do Direito à Saúde do CNJ, verifica-se que somente em 2023 ingressaram mais de 325.000 (trezentos e vinte e cinco mil) processos relacionados ao tema no Poder Judiciário, dos quais aproximadamente 200 (duzentos mil) relacionados à

saúde pública (61%) e 125.000 (cento e vinte e cinco mil) referentes à saúde suplementar (39%).

Diante do panorama apresentado e da enormidade de critérios a serem avaliados pelo magistrado em período tão curto de tempo, pergunta-se: qual a solução para maior celeridade e eficiência da prestação judicial na área da saúde?

A utilização de ferramentas tecnológicas, como a inteligência artificial e a integração de sistemas de Business Intelligence, é a única possibilidade.

2 MARCOS LEGAIS E ÉTICA NO USO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Um dos grandes desafios atuais é a regulamentação dos sistemas de inteligência artificial.

O Parlamento da União Europeia aprovou por maioria em junho de 2023 o seu regulamento sobre inteligência artificial (EU AI Act), a primeira legislação geral sobre o assunto no mundo, que será encaminhada para o Conselho da União Europeia e para os estados-membros para virar lei.

O regulamento estipula uma série de regras de funcionamento de sistemas de IA para assegurar que operem conforme as leis e diretrizes em vigor na União Europeia (UE). A regulamentação é baseada em uma abordagem de risco e categoriza as práticas de inteligência artificial em risco mínimo ou baixo, risco elevado e inaceitável (Ferrer; Moretto, 2023).

A proposta feita pela Comissão Europeia (UE, 2021) visa garantir coerência com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e com as legislações em vigor em matéria de proteção de dados, defesa dos consumidores, não discriminação, igualdade de gênero e complementar o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia.

Em seu título I, a proposta estabelece as definições para efeitos do regulamento e o seu âmbito de aplicação, qual seja: (i) fornecedores que insiram no mercado ou coloquem em serviço sistemas de IA no território da União Europeia, independentemente de estarem estabelecidos na União Europeia ou em outro país; (ii) utilizadores de IA localizados na União Europeia e; (iii) fornecedores e utilizadores de sistemas de IA localizados em um país terceiro, se o resultado produzido pelo sistema for utilizado na União Europeia (UE, 2021).

O título II elenca as práticas de inteligência artificial proibidas, que são consideradas inaceitáveis por violarem direitos fundamentais. As proibições incluem práticas que empreguem técnicas subliminares com potencial de desvirtuar o comportamento de uma pessoa de forma que a deixe suscetível de causar danos físicos ou psicológicos a si mesmo ou a outrem; sistemas que explorem vulnerabilidades de grupos específicos, como crianças e pessoas com deficiência; práticas exploratórias que

violem legislação em matéria de proteção de dados, de defesa dos consumidores e de serviços digitais; classificação social assente na IA para uso geral por parte das autoridades públicas de forma prejudicial, desfavorável e desproporcional; a utilização de sistemas de identificação biométrica à distância (em tempo real) em espaços públicos para a manutenção da ordem pública, exceto em determinadas situações, como por exemplo para identificação de potenciais vítimas de crimes, como crianças desaparecidas, e prevenção a ameaças específicas, como por exemplo um ataque terrorista (UE, 2021).

O título III categoriza como de risco elevado os sistemas de inteligência artificial que criam risco para a saúde e para a segurança ou direitos fundamentais das pessoas. Esses sistemas de alto risco são autorizados no mercado europeu, contudo estão sujeitos ao cumprimento de uma série de requisitos obrigatórios, como a prestação de informação aos utilizadores, transparência, supervisão humana, manutenção de um sistema de gestão de riscos, práticas adequadas de governança de dados, entre outros (UE, 2021).

Pelo descumprimento das práticas elencadas como proibidas ou pelo estabelecimento de um sistema de IA de alto risco sem o cumprimento das práticas de governança de dados, o infrator fica sujeito a multa de até 30 milhões de euros ou, se for uma empresa, até 6% do seu volume de negócios anual a nível mundial no exercício anterior, o que for mais elevado (artigo 71º do regulamento), exceto se a instituição ou órgão for da União Europeia, hipótese em que a multa pode chegar até 500.000 (quinhentos mil) euros (artigo 72º, 2, a) (UE, 2021).

No Brasil, o projeto de lei que estabelece o marco regulatório da inteligência artificial foi apresentado ao Senado Federal (Projeto de Lei nº 2338/2023), resultado de um trabalho árduo de uma comissão de juristas capitaneada pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Ricardo Villas Bôas Cueva. A proposta é baseada em cinco pilares estruturais: princípios, direitos dos afetados, classificação de riscos, obrigações e requisitos de governança dos sistemas de IA, e supervisão e responsabilização (STJ, 2023).

O artigo 3º do projeto de lei dispõe que o desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de inteligência artificial observará a boa-fé e os seguintes princípios: crescimento inclusivo, desenvolvimento sustentável e bem-estar; participação humana no ciclo da inteligência artificial e supervisão humana efetiva; autodeterminação e liberdade de decisão e de escolha; justiça, equidade e inclusão; não discriminação; transparência, explicabilidade, inteligibilidade e auditabilidade; confiabilidade e robustez dos sistemas de inteligência artificial e segurança da informação; contraditório,

contestabilidade e devido processo legal; rastreabilidade das decisões durante o ciclo de vida de sistemas de inteligência artificial como meio de prestação de contas e atribuição de responsabilidades a uma pessoa natural ou jurídica; prestação de contas, responsabilização e reparação integral de danos; prevenção, precaução e mitigação de riscos sistêmicos derivados de usos intencionais ou não intencionais e de efeitos não previstos de sistemas de inteligência artificial e; não maleficência e proporcionalidade entre os métodos empregados e as finalidades determinadas e legítimas dos sistemas de inteligência artificial (Senado, 2023).

O capítulo II da proposta de lei trata dos direitos das pessoas afetadas por sistemas de inteligência artificial, entre eles o direito à informação prévia quanto às suas interações com sistemas de inteligência artificial; o direito à explicação sobre a decisão, recomendação ou previsão tomada por sistemas de inteligência artificial; o direito de contestar decisões ou previsões de sistemas de inteligência artificial, o direito à determinação e à participação humana em decisões de sistemas de inteligência artificial; o direito à não discriminação e à correção de vieses discriminatórios e o direito à privacidade e à proteção de dados pessoais (Senado, 2023).

De forma semelhante à proposta de lei europeia, a proposta brasileira sugere a classificação de riscos dos sistemas de I.A. Os sistemas de inteligência artificial categorizados de risco excessivo, ou seja, que são proibidos, se espelham na normativa europeia, sendo os que empreguem técnicas subliminares que tenham por objetivo induzir a pessoa natural a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança ou de forma contrária à lei; que explorem vulnerabilidades de grupos específicos de pessoas naturais, como as associadas à idade ou deficiência física e mental e; pelo poder público para avaliar, classificar ou ranquear as pessoas naturais com base no seu comportamento social ou em atributos da sua personalidade, de forma ilegítima ou desproporcional (Senado, 2023).

Impende destacar que os sistemas de I.A para a administração da justiça, incluindo sistemas que auxiliem as autoridades judiciárias na aplicação da lei e na investigação dos fatos, também são considerados de alto risco no projeto de lei brasileiro (Senado, 2023).

Outro ponto a ser destacado é que o artigo 17, IX, da proposta legislativa, categoriza as aplicações de inteligência artificial na área da saúde como de alto risco (Senado, 2023). Classificação coerente diante da complexidade dos sistemas de I.A e pelo grau de falibilidade dos algoritmos utilizados, que podem ter consequências irreversíveis à saúde.

No que se refere às sanções administrativas, os agentes de inteligência artificial, em razão de

infrações cometidas, ficam sujeitos às seguintes: (i) advertência; (ii) multa simples, limitada, no total a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, sendo, no caso de pessoa jurídica de direito privado, de até 2% (dois por cento) de seu faturamento, de seu grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos; (iii) publicização da infração após devidamente confirmada a ocorrência; (iv) proibição ou restrição de participar de regime de sandbox regulatório (ambiente regulatório experimental, regime de teste experimental para inovação em I.A) previsto na lei, por até cinco anos; (v) suspensão parcial ou total, temporária ou definitiva, do desenvolvimento, fornecimento ou operação do sistema de inteligência artificial; e (vi) proibição de tratamento de determinadas bases de dados (Senado, 2023).

A OMS (Organização Mundial de Saúde) publicou dois relatórios importantes sobre ética, governança e regulamentação do uso da inteligência artificial. O primeiro publicado em 2021 e intitulado Ethics and Governance of Artificial Intelligence for Health (Ética e Governança da Inteligência Artificial para Saúde), que já demonstrava uma preocupação com a necessidade de regulamentação dos sistemas tecnológicos. E o segundo publicado em 2023 denominado Regulatory Considerations on Artificial Intelligence for Health (Considerações Regulatórias sobre Inteligência Artificial para Saúde) que apresenta as áreas que necessitam de considerações regulatórias: Documentação e Transparência; Gerenciamento de Riscos, Validação Clínica e Analítica, Qualidade dos Dados, Privacidade e Proteção de Dados e Engajamento e Colaboração (WHO, 2023).

Os chamados sistemas de inteligência artificial generativa são chatbots de inteligência artificial que interagem com as pessoas e apresentam soluções em texto, como por exemplo o ChatGPT.

GPT significa "transformador pré-treinado generativo", ou seja, treinado em diversos idiomas com dados da internet, artigos, livros, sites, mídias sociais, entre outros (Microsoft). O Google Bard, o Meta AI Assistant (sistema de I.A generativa da Meta/Facebook) e o Microsoft 365 Copilot são outros exemplos de soluções de inteligência artificial generativa.

A Apple que se notabilizou pela excelência em inovação e em tecnologia com produtos como o iPhone, informou que pretende implementar tecnologias de I.A generativa nos dispositivos do iPhone e do iPad em 2024, a partir do iOS 18 (Lopes, 2023).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018, LGPD) prevê exceções para o tratamento de dados para a execução de políticas públicas e para pesquisas científicas, portanto, não há impedimento para a utilização dos dados pessoais pelo Poder Público para a efetivação de políticas públicas, desde que o uso esteja em consonância com as diretrizes da LGPD. O

artigo 7º, III, da lei dispõe que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado pela administração pública para o tratamento e utilização compartilhada de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em regulamentos, em leis ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres. O artigo 11, II, b, preconiza que o tratamento de dados pessoais sensíveis¹ poderá ocorrer sem o fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para o tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas estabelecidas em regulamentos ou em leis. Ainda, o artigo 26 estipula que a utilização compartilhada de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelas entidades e órgãos públicos, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no artigo 6º² da LGPD.

A medicina tem utilizado amplamente a inteligência artificial e existem várias startups em solo brasileiro.

A pandemia da COVID-19 foi uma terrível tragédia, mas deixou um legado importante no que diz respeito à tecnologia, nas mais diversas áreas. Na medicina, houve a antecipação de um futuro próximo no que diz respeito à inovação e ao uso da inteligência artificial. O distanciamento social e a necessidade de prevenção da COVID-19 fizeram com que a saúde digital e a telemedicina se tornassem rotineiras. Se antes um paciente, muitas vezes idoso ou com dificuldade de locomoção, precisava acordar cedo e ir até o consultório médico, atualmente pode preferir pela teleconsulta e por um monitoramento à distância por meio de aplicativos e novas tecnologias (Cerri, 2023).

No período da pandemia, o InovaHC, Núcleo de Inovação Tecnológica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), desenvolveu a plataforma de inteligência

artificial RadVid-19, que contribuiu muito para os diagnósticos e o tratamento da COVID-19, com a identificação de casos suspeitos por meio de tomografia computadorizada e estimativa do comprometimento da doença. Foram criados também robôs para auxiliar na gestão dos hospitais e para auxiliar na limpeza hospitalar evitando a exposição de profissionais da saúde (Cerri, 2021).

Outra utilização interessante da inteligência artificial na medicina é o uso para decidir sobre a remoção de tumores cerebrais na cirurgia, decisão difícil até mesmo para os mais experientes cirurgiões. Descrito em artigo de pesquisadores holandeses publicado na revista científica Nature, o software denominado Surgeon oferece uma leitura precisa em um índice inalcançável para o olho humano (Felix, 2023).

Evidentemente que a presencialidade e a relação médico-paciente jamais poderá ser substituída, mas a tecnologia cada vez mais deve ser utilizada em benefício dos pacientes.

O mais importante é a utilização da inteligência artificial com ética. A palavra ética é originária do grego *ethos*, que significa costume, caráter, modo de ser. São os princípios que norteiam o comportamento humano.

A Ética é o conjunto de valores convergentes em determinado grupo social que orienta as deliberações tomadas por aquele grupo ou comunidade (Zanon Junior, 2014, p. 14).

No Direito Comparado, a Comissão Europeia para a Eficácia da Justiça promulgou em 2018 a Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente, baseada em cinco princípios: o princípio do respeito aos direitos fundamentais, a fim de garantir que o desenvolvimento e a implementação de sistemas de inteligência artificial sejam compatíveis com os direitos fundamentais; o princípio da não discriminação para prevenir o desenvolvimento e intensificação de

¹ Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável; II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

² Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do

tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

qualquer discriminação entre indivíduos ou grupo de indivíduos; o princípio da qualidade e da segurança no que tange às decisões e dados judiciais, com a utilização de fontes certificadas e dados intangíveis com modelos concebidos de maneira multidisciplinar em ambiente tecnológico seguro; o princípio da transparência, da imparcialidade e equidade, para tornar os métodos de tratamento de dados acessíveis e compreensíveis e possibilitar auditorias externas; e o princípio "sob controle do usuário" para assegurar que os usuários sejam informados e controlem suas escolhas (CEPEJ, 2018).

Considerando o contido na Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 332/2020 que estabelece as diretrizes éticas na produção e uso de inteligência artificial no Poder Judiciário brasileiro. De forma semelhante ao contido na cartilha europeia, as diretrizes éticas no Judiciário brasileiro baseiam-se no respeito aos direitos fundamentais, na não discriminação, na publicidade e na transparência, nas regras de governança e qualidade, na segurança, no controle do usuário e nas práticas a serem adotadas nos processos de pesquisa, criação, desenvolvimento e disponibilização dos sistemas de IA (CNJ, 2020).

Cabe destaque ao princípio do controle do usuário e ao magistrado que, como usuário interno, deve revisar e supervisionar as soluções apresentadas pela inteligência artificial. Esse é o teor dos artigos 17, inciso II³, e 19, parágrafo único⁴, do ato normativo.

Mais uma vez, andou bem o Conselho Nacional de Justiça em elencar o controle do usuário como princípio para a utilização da inteligência artificial nos sistemas desenvolvidos pelo e para o Poder Judiciário, pois a decisão jamais poderá ser efetivada pela Inteligência Artificial. Ao contrário, deve ser sempre direcionada pelo magistrado.

Assim, cabe ao magistrado, como usuário interno, exercer tal controle e utilizar a ferramenta de inteligência artificial para o aprimoramento da atividade jurisdicional. "Porém, para fazê-lo, precisa conhecer o poder-dever que lhe cabe, e estar capacitado a exercê-lo" (Prado; Münch; Vilarroel, 2022).

Cumprido o importante trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça na organização e aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Com relação ao poder regulamentar constitucionalmente atribuído ao Conselho Nacional de

Justiça (artigo 103-B, §4º, I, CF), cita-se nove resoluções que são primordiais para o estudo do uso da inteligência artificial na judicialização da saúde: (i) a Resolução nº 107/2010 que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS); (ii) a Resolução nº 325/2020, que instituiu a Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o ciclo 2021-2026 e elencou a inovação e a eficiência como um dos atributos de valor do Judiciário; (iii) a Resolução nº 332/2020 que dispõe sobre ética, transparência e a governança no uso de Inteligência Artificial no Poder Judiciário; (iv) a Resolução nº 350/2020 que trata da cooperação judiciária nacional e interinstitucional; (v) a Resolução nº 363/2021 que estabelece medidas de adequação dos tribunais à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais; (vi) a Resolução nº 388/2021 responsável pela reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde; (vii) a Resolução nº 395/2021 que instituiu a Política de Gestão da Inovação no Poder Judiciário; (viii) a Resolução nº 479/2022, que dispõe sobre o funcionamento e utilização do e-NatJus (Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas) e; (ix) a Resolução nº 530/2023, que instituiu a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde.

A Resolução nº 530/2023, publicada em novembro de 2023 pelo Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde e estabeleceu o Plano Nacional para a execução da política judiciária no ciclo 2024-2029. Entre os eixos de atuação do plano nacional supracitado estão o nº 7, que dispõe sobre a instituição e o tratamento adequado de gestão de dados da judicialização da saúde e o eixo de atuação nº 15, que trata da adoção de mecanismos de inteligência artificial para controle, acompanhamento e melhorias nos processos judiciais sobre saúde.

3 FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS DO PODER JUDICIÁRIO

Observa-se que o Poder Judiciário tem investido em inovação tecnológica e possui diversos projetos em andamento que envolvem o uso da inteligência artificial.

Em 2022 foi feita uma pesquisa coordenada pelo então presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Luiz Fux, que identificou 111 (cento e onze) projetos desenvolvidos e em desenvolvimento no Judiciário brasileiro, relacionados à inteligência artificial (CNJ, 2022).

elaboração de decisão judicial observarão, como critério preponderante para definir a técnica utilizada, a explicação dos passos que conduziram ao resultado.

Parágrafo único. Os sistemas computacionais com atuação indicada no caput deste artigo deverão permitir a supervisão do magistrado competente.

³ Art. 17. O sistema inteligente deverá assegurar a autonomia dos usuários internos, com uso de modelos que: (...) II – possibilite a revisão da proposta de decisão e dos dados utilizados para sua elaboração, sem que haja qualquer espécie de vinculação à solução apresentada pela Inteligência Artificial.

⁴ Art. 19. Os sistemas computacionais que utilizem modelos de Inteligência Artificial como ferramenta auxiliar para a

O Conselho Nacional de Justiça lançou o Programa Justiça 4.0 para impulsionar a transformação digital do Poder Judiciário. Entre as ações e projetos desenvolvidos pelo Programa Justiça 4.0 está a Plataforma Sinapses, a plataforma nacional oficial de armazenamento, treinamento supervisionado e disponibilização de modelos de inteligência artificial, desenvolvida inicialmente pelo Tribunal de Justiça de Rondônia e adaptado para uso nacional em parceria com o CNJ. O Sinapses está disponível para todos os tribunais e facilita o compartilhamento dos projetos de IA no Judiciário (CNJ).

O Supremo Tribunal Federal possui uma assessoria específica de inteligência artificial vinculada à Presidência do Tribunal. Desde 2017 o Supremo Tribunal Federal opera o robô Victor, utilizado para análise de temas de repercussão geral na triagem dos recursos recebidos de todos os tribunais brasileiros. Foi desenvolvida também a plataforma RAFA 2030 (Redes Artificiais Focadas na Agenda 2030), para a classificação dos processos de acordo com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (STF, 2022). Em junho de 2023 o Supremo Tribunal Federal autorizou a criação da ferramenta de inteligência artificial Vitórla, um robô que agrupa processos por similaridade de temas, para a identificação de novos litígios (CONJUR, 2023).

No Superior Tribunal de Justiça foram desenvolvidos os sistemas de inteligência artificial denominados Sócrates, Athos e e-Juris. O projeto Sócrates é utilizado para a admissibilidade recursal e para a identificação antecipada das controvérsias jurídicas dos recursos especiais; o sistema Athos para a identificação de processos que possam ser submetidos ao rito dos recursos repetitivos; e o sistema e-Juris para a extração das referências legislativas e jurisprudenciais do acórdão, além da indicação dos acórdãos principais e sucessivos relacionados a um mesmo tema jurídico (STJ, 2021).

No Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a inovação e a tecnologia sempre foram tratadas como prioridade.

O processo de digitalização dos autos iniciou em 2007, logo após o advento da Lei nº 11.419/2006 (Lei da Informatização do processo judicial) e o Tribunal de Justiça do Paraná foi pioneiro no desenvolvimento e utilização do processo eletrônico. Atualmente, os processos judiciais e administrativos são 100% eletrônicos (Netto; Guilherme; Garcel, 2022, p. 426-427). A iniciativa planejada há anos fez com que o tribunal estivesse preparado no momento da pandemia, proporcionando acesso à justiça mesmo em tempos de distanciamento social.

Em 2017, após o advento do novo Código de Processo Civil que estabeleceu o uso de videoconferência como uma das ferramentas para as

práticas de atos processuais, o tribunal iniciou a utilização de videoconferência em âmbito criminal (Netto; Guilherme; Garcel, 2022, p. 427) e no ano seguinte as turmas recursais passaram a adotar o sistema.

No âmbito dos juizados especiais, também em 2017, foi realizado o projeto de intimação via Whatsapp para uma maior celeridade processual.

Em 2018, o Tribunal de Justiça do Paraná adquiriu o software Qlik Sense, sistema de Business Intelligence que possibilita a criação de painéis estatísticos de gestão processual, de acompanhamento das Metas Nacionais do CNJ, informações orçamentárias, de recursos humanos, entre outras.

Em 2019 foi implementada a Calculadora Judicial Agnesi. A calculadora judicial foi programada inicialmente para a seara dos precatórios, mas atualmente é utilizada para o cálculo de valores estipulados em sentenças nas mais diversas demandas. No mesmo ano o Tribunal de Justiça do Paraná criou o Plenário Virtual, funcionalidade do Projudi (sistema judicial eletrônico) que permite que os magistrados acessem os votos da sessão e que as decisões ocorram em ambiente online.

Especificamente quanto à utilização da inteligência artificial, o Tribunal de Justiça do Paraná criou o robô Larry, implementado para todo o estado em 2021. O nome foi dado em homenagem ao cientista da computação Larry Tesler, que trabalhou na Apple e notabilizou-se pela criação dos recursos copiar e colar. O nome foi atribuído ao software justamente por ter sido criado para análise de semelhança de processos. Atualmente são mais de 6,5 milhões de processos conhecidos pelo robô, com aproximadamente 4 mil indexações por dia. A 1ª Vice-Presidência do tribunal também conta com um módulo do Robô Larry, que analisa os critérios de admissibilidade dos recursos aos tribunais superiores (TJPR).

4 SOLUÇÕES PROPOSTAS: (I) INTEGRAÇÃO DE BUSINESS INTELLIGENCE E O (II) NATJUSGPT

No que tange à utilização de ferramentas tecnológicas para a melhoria do panorama da judicialização da saúde, são apresentadas duas propostas: a primeira, de integração dos sistemas de Business Intelligence (B.I) dos órgãos públicos e a utilização de bots para fornecimento de dados ao magistrado. Como exemplo cita-se a integração dos sistemas de B.I dos tribunais dos diversos segmentos de justiça com os sistemas de B.I das secretarias da saúde dos estados, para a criação de Big Data, e a utilização de bots (robots, robôs) para buscar de forma regular e automatizada as informações dos sistemas visando o apoio e embasamento da decisão judicial. A integração dos sistemas de Business Intelligence dos

órgãos públicos também tem como intuito auxiliar na verificação de eventual litigância de má-fé e demandas predatórias, mapear as deficiências do sistema de saúde, verificar o critério da hipossuficiência, contribuir com a mediação e conciliação de conflitos, auxiliar o gestor público no planejamento da aquisição e dispensação de medicamentos (dentro do viés judicial), possibilitar a criação de uma base de dados para pesquisas científicas dos resultados dos tratamentos fornecidos, entre outros benefícios. A proposta se coaduna com a Resolução nº 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que trata da cooperação judiciária e interinstitucional.

A segunda proposição é a utilização de sistemas de inteligência artificial específicos para as demandas prestacionais sobre saúde.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná lançou - no II Congresso Nacional do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (FONAJUS) realizado em novembro de 2023 em Foz do Iguaçu/PR - a ferramenta NatJusGPT, a primeira inteligência artificial generativa do Judiciário para o aperfeiçoamento da resolução de demandas relacionadas ao direito à saúde. O sistema foi desenvolvido pela empresa Top365 por intermédio da Microsoft e funciona dentro do Microsoft Teams.

O NatJusGPT é um bot que interage com o magistrado e emite a nota técnica mais pertinente ao caso analisado, com fundamento nas notas técnicas existentes no e-NatJus e outros sistemas. Por meio do aplicativo, pode-se perguntar se o medicamento serve para determinado tipo de enfermidade ou até mesmo incluir a petição inicial.

O NatJusGPT foi treinado inicialmente com as bases de dados públicas do e-NatJus, da CONITEC e da RENAME e está em avaliação a possibilidade de atualização com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

Um dos grandes diferenciais é que foi extirpado o fenômeno da "alucinação" (erro do sistema), tendo em vista que essa versão do programa se atém somente as notas técnicas e não acessa a rede mundial de computadores, o Google ou o próprio ChatGPT.

Importante citar que o TJPR é um tenant (inquilino em inglês, termo utilizado em soluções de software em nuvem) da nuvem da Microsoft e por isso o aplicativo funciona dentro do ambiente do TJPR, em âmbito privado, sem o compartilhamento de dados, o que permite maior segurança das informações e cumprimento às diretrizes da LGPD.

Como perspectiva, existe a possibilidade que o NatJusGPT seja atualizado com informações de outras bases de dados públicas, como a RENASES (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde) e eventualmente incluir as bases de dados do TelessaúdeRS, LILACS, Cochrane Collaboration, BMJ, entre outras.

Com o desenvolvimento da ferramenta tecnológica, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná já cumpriu o eixo de atuação nº 15 do Plano Nacional para execução da Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde estabelecida pela Resolução nº 530/2023, que prevê a adoção de mecanismos de inteligência artificial para controle, acompanhamento e melhorias nos processos judiciais sobre saúde.

No caso da nota técnica pesquisada não existir, em situações específicas ou para segurança do magistrado, a consulta ao NatJus do tribunal sempre deve ocorrer. Assim haverá diminuição da carga de trabalho do Núcleo de Apoio Técnico aos Tribunais de Justiça, em consonância aos princípios da eficiência e economicidade, e permitindo a consolidação da melhor medicina baseada em evidência.

Importante ressaltar que a utilização de inteligência artificial generativa para consulta à base de dados do e-NatJus não irá acabar com os trabalhos dos Núcleos de Apoio Técnico dos tribunais, mas sim irá aperfeiçoar o seu funcionamento, diminuindo a carga de trabalho e possibilitando o foco em demandas mais complexas.

Exemplificativamente, as perguntas que podem ser feitas ao sistema são essas: (i) o medicamento serve ao tratamento do paciente?; (ii) existe comprovação da efetividade do tratamento?; (iii) a sua efetividade pode depender da idade ou comorbidades associadas?; (iv) há algum risco à saúde relacionado à utilização desse fármaco? (v) existe aprovação da ANVISA ou parecer da CONITEC sobre essa tecnologia?; (vi) o tratamento/medicamento se encontra na lista da RENAME, RENASES ou no rol da ANS?; (vii) em quais enfermidades esse medicamento pode ser utilizado?; (viii) qual o custo de compra deste medicamento para um mês de tratamento?; (ix) há precificação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos?; (x) existe algum tratamento similar utilizado pelo SUS ou que tenha um preço inferior?; (xi) qual o ente federativo responsável pelo fornecimento desse medicamento no sistema público?; (xii) qual a relação de custo-efetividade desse tratamento?; (xiii) considerando todas as questões relacionadas acima, elabore a nota técnica; (xiv) elenque os argumentos favoráveis e desfavoráveis ao pedido, explicando os motivos do posicionamento adotado.

Os resultados esperados com o uso do NatJusGPT são: (i) que seja fornecido o medicamento adequado à enfermidade do paciente; (ii) a verificação da aprovação do medicamento junto à ANVISA, da análise da CONITEC e precificação; (iii) a seleção da nota técnica ou do parecer técnico mais adequado ao caso; (iv) a apuração da existência do medicamento solicitado ou similar nas listas do RENAME ou RENASES (ou no rol da ANS); (v) análise da eficácia do tratamento e da existência de tecnologias similares ou mais

seguras; (vi) a análise de custo-efetividade do medicamento; (vii) o exame de qual ente é responsável pelo financiamento do medicamento para definição da competência; (viii) a apresentação dos motivos que levaram a emissão da nota técnica, a sumarização e os argumentos favoráveis e desfavoráveis à dispensação do medicamento, sempre para apoio ao magistrado na decisão judicial.

Para que o uso dos sistemas de inteligência artificial tenha o seu aproveitamento máximo, é fundamental o treinamento da magistratura e do quadro de servidores do Poder Judiciário.

Martins e Freitas assim lecionam:

É também graças à utilização da tecnologia que poderemos tornar mais eficaz a utilização de nossos recursos humanos. O bem mais precioso do Poder Judiciário é o capital humano. São os magistrados, servidores, colaboradores terceirizados e estagiários. Todos eles, juntos, constituem o Poder Judiciário e são essenciais para a prestação de serviço à população. Por isso, a ampla utilização da tecnologia, seja mediante o tratamento de metadados processuais, seja mediante a mineração de processos ou o uso de ferramentas de análise, não terá como consequência a substituição da mão de obra humana pela máquina, como algumas vezes erroneamente se pensa.

Na verdade, o que ocorrerá é a qualificação da atuação humana, a qual gradativamente deixará de ser utilizada para atividades repetitivas para passar a atuar em tarefas em que se requer mais sensibilidade, inventividade e imensa capacidade de descobrir novas soluções, características próprias dos seres humanos que nenhum algoritmo chegou nem perto de igualar.

Então, não podemos temer as novas tecnologias, mas, ao contrário, devemos criar meios de utilizar a tecnologia em prol do ser humano (2022, p. 382).

Dessa forma, as ferramentas tecnológicas vieram para somar o trabalho do magistrado, como instrumentos de apoio nas decisões proferidas em temas tão sensíveis que envolvem direitos fundamentais, como a vida e a saúde das pessoas.

CONCLUSÃO

As demandas prestacionais de saúde são em sua essência complexas e tem aumentado em número. Para a análise de uma única liminar, são ao menos vinte critérios a serem analisados pelo magistrado em curto período.

Diante de tal contexto, as ferramentas tecnológicas surgem como a principal possibilidade para apoio ao magistrado, bem como para celeridade e eficiência na prestação jurisdicional na área da saúde.

Um dos grandes desafios atuais é a regulamentação dos sistemas de inteligência artificial a nível global. A União Europeia apresentou a sua proposta, visando coerência com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

O projeto de lei brasileiro prevê uma série de princípios para o desenvolvimento, a implementação e o uso de sistemas de inteligência artificial, como a justiça, o desenvolvimento sustentável, a participação humana no ciclo da inteligência artificial e supervisão humana efetiva.

Observa-se que o estado da arte da tecnologia permite a criação de soluções para auxílio ao magistrado nas decisões atinentes ao direito à saúde. O essencial é a utilização das ferramentas tecnológicas com ética.

O Poder Judiciário possui diversos projetos em andamento que envolvem o uso da inteligência artificial e podem ser criados sistemas específicos para a judicialização da saúde, como por exemplo o NatJusGPT, a primeira plataforma de inteligência artificial generativa do Poder Judiciário para as demandas de saúde, lançada em novembro de 2023 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

De tudo o exposto, propõe-se duas soluções para a melhoria do panorama da judicialização da saúde, ambas ferramentas tecnológicas de apoio ao magistrado: a integração dos sistemas de Business Intelligence, com a utilização de bots, e o uso de soluções de inteligência artificial, sempre em consonância com a ética e os direitos fundamentais constitucionais.

Em 2023, foi aberta uma cápsula do tempo que estava enterrada há cinquenta anos na Comarca de Ponta Grossa/PR e guardava um texto redigido e assinado por magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná. No texto, os magistrados pedem um esforço de toda a sociedade para que "o avanço material encontre paralelo com a evolução da sociedade humana para suas finalidades permanentes, sem que a tecnologia,

contrariando a natureza supere a ciência social, porquanto máquina é, e sempre será" (TJPR, 2023).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Atos Normativos. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/atos_normativos/. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça 4.0: Inteligência Artificial está presente na maioria dos tribunais brasileiros. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-4-0-inteligencia-artificial-esta-presente-na-maioria-dos-tribunais-brasileiros/>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pesquisas Judiciárias. Painéis CNJ. Estatísticas Processuais de Direito à Saúde. Litigiosidade por Tipo de Demanda. 2023. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em números 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Sistemas. Plataforma Sinapses. Inteligência Artificial. Histórico. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/plataforma-sinapses/historico/>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Último acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 de agosto de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Último acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Revista Consultor Jurídico - CONJUR. Tecnologia Avançada. Rosa Weber lança robô Vitória para agrupamento e classificação de processos. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2023-mai-](https://www.conjur.com.br/2023-mai-17/rosa-lanca- robo-agrupamento-classificacao-processos#top)

[17/rosa-lanca- robo-agrupamento-classificacao-processos#top](https://www.conjur.com.br/2023-mai-17/rosa-lanca- robo-agrupamento-classificacao-processos#top). Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 2338, de 2023. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Último acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Inteligência artificial está presente em metade dos tribunais brasileiros, aponta estudo inédito. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09032021-Inteligencia-artificial-esta-presente-em-metade-dos-tribunais-brasileiros--aponta-estudo-inedito.aspx>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Projeto que regula IA é apresentado ao Senado após trabalho da comissão liderada pelo ministro Cueva. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/04052023-Projeto-que-regula-IA-e-apresentado-ao-Senado-apos-trabalho-da-comissao-liderada-pelo-ministro-Cueva.aspx>. Acesso em: 24 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Estrutura orgânica do STF passa a contar com setor voltado a inteligência artificial. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=499690&ori=>. Acesso em: 19 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Institucional. Comunicação. Notícias. Destaques. Cápsula do tempo enterrada em Ponta Grossa guardava texto de juízes. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lkl/content/capsula-do-tempo-enterrada-em-ponta-grossa-guardava-texto-de-juizes/18319. Acesso em: 26 out. 2023.

CERRI, Giovanni. Futuro da Saúde. Giovanni Cerri, presidente do conselho do InovaHC: "Saúde digital vai transformar o setor". Disponível em: <https://futurodasaude.com.br/giovanni-cerri-futuro-talks/>. Acesso em: 23 out. 2023.

CERRI, Giovanni. Revista Poder Online. Uol. Professor Giovanni Guido Cerri explica como a tecnologia se tornou grande aliada da medicina atualmente. Disponível em: <https://revistapoder.uol.com.br/2021/07/27/professor-giovanni-guido-cerri-explica-como-a-tecnologia-se-tornou-grande-aliada-da-medicina-atualmente/>. Acesso em: 23 out. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA PARA A EFICÁCIA DA JUSTIÇA (CEPEJ). Carta Europeia de Ética sobre o Uso da Inteligência Artificial em Sistemas Judiciais e seu ambiente. Estrasburgo, 3 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://rm.coe.int/carta-etica-traduzida-para-portugues-revista/168093b7e0>. Acesso em: 13 nov. 2023.

FELIX, Paula. Revista Veja. Edição nº 2864. Saúde. Inteligência artificial protagoniza revolução sem precedentes na medicina. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/inteligencia-artificial-protagoniza-revolucao-sem-precedentes-na-medicina/>. Acesso em: 23 out. 2023.

FERRER, Gustavo Gonçalves; MORETTO, Adriana Tourinho. Migalhas.com.br. Artigo. Regulamento europeu sobre inteligência artificial (EU AI Act): pontos de atenção e semelhanças com a proposta de regulação brasileira. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/390762/regulamento-europeu-sobre-inteligencia-artificial-eu-ai-act>. Acesso em: 24 out. 2023.

LOPES, André. Exame.com. Inteligência Artificial. Apple pode ter inteligência artificial para o iPhone em 2024. Disponível em: <https://exame.com/inteligencia-artificial/apple-inteligencia-artificial-no-iphone/>. Acesso em: 20 out. 2023.

MARTINS, Humberto; FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. Perspectivas para o futuro da magistratura: a tecnologia como ponte entre o Judiciário e a cidadania. In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MICROSOFT. ChatGPT vs. Microsoft 365 Copilot: Qual é a diferença? Disponível em: <https://support.microsoft.com/pt-br/topic/chatgpt-vs-microsoft-365-copilot-qual-%C3%A9-a-diferen%C3%A7a-8fdec864-72b1-46e1-afcb-8c12280d712f>. Acesso em: 20 out. 2023.

NETTO, José Laurindo de Souza; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. A gestão como fim social e a estratégia: indutores de ações de agregação de valor no Poder Judiciário paranaense. In: O Judiciário do futuro: Justiça 4.0 e o processo contemporâneo/ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Departamento de Tecnologia da Informação e Comunicação – DTIC. Robô Larry. Módulos Larry. Documento em pdf. Apresentação IA – Anotações.

PRADO, Eunice M. B.; MÜNCH, Luciane A. Corrêa; VILLARROEL, Márcia A. Corrêa Ughini. Justiça Federal da 4ª Região. Portal Unificado da Justiça Federal da 4ª Região. Direito hoje | “Sob controle do usuário”: formação dos juízes brasileiros para o uso ético da IA no Judiciário. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2287. Acesso em: 14 nov. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>. Acesso em: 06 nov. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Ethics and governance of artificial intelligence for health: WHO guidance. 2021. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/341996/9789240029200-eng.pdf?sequence=1>. Acesso em: 7 nov. 2023.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Regulatory considerations on artificial intelligence for health. 2023. Disponível em: <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/373421/9789240078871-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 nov. 2023.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. Moral, Ética e Direito. Revista da ESMESC (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), Florianópolis, v. 21, n. 27, 2014, p. 11-26. Disponível em: <https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/85/79>. Acesso em: 10 nov. 2023.

CONSTITUCIONALISMO HUMANISTA E SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

DISCRIMINAÇÃO JURÍDICA DA MULHER - PROTEÇÃO LEGAL À MATERNIDADE E À AMAMENTAÇÃO - DIREITOS DA GESTANTE E DO NASCITURO PROPOSTAS PARA MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO – CRECHES



Maria Lúcia Cardoso de Magalhães¹

Este artigo pretende analisar a discriminação jurídica das mulheres gestante e lactante decorrente do artigo 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017. Revisitar as teorias feministas e as normas internacionais quanto à saúde e segurança do meio ambiente de trabalho, bem como proteção das mulheres gestante e lactante que foram objeto de convenções da Organização Internacional do Trabalho, as Convenções da OIT, o Pacto de São José da Costa Rica, os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) da ONU, a Declaração de Filadélfia, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, 1979. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica e o método jurídico dedutivo. Conclui-se que os direitos à maternidade e à amamentação, que visam à proteção das mulheres trabalhadoras, não podem servir como fator de discriminação. Propostas para a alteração da legislação – Creches.

Palavras-chave: Discriminação das mulheres gestante e lactante – teorias feministas – normas internacionais quanto à saúde das mulheres – Creches.

¹ Desembargadora do TRT da 3ª Região – MG. Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC/MG.

HUMANIST AND SOCIAL CONSTITUTIONALISM IN THE JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE SUPERIOR LABOR COURT

LEGAL DISCRIMINATION OF WOMEN - LEGAL PROTECTION OF MATERNITY AND BREASTFEEDING - RIGHTS OF PREGNANT WOMEN AND THE UNBIRTH PROPOSALS FOR CHANGING LEGISLATION - NURSERIES

This article intends to analyze the legal discrimination against pregnant and lactating women arising from article 394-A, II and III, of the Consolidation of Labor Laws, introduced by art. 1 of Law 13.467/2017. It revisits feminist theories and international norms regarding the health and safety of the work environment, as well as the protection of pregnant and lactating women that were the subject of conventions of the International Labor Organization, Conventions of the ILO, the Pact of San José of Costa Rica, the SDGs (Sustainable Development Goals) of the UN. The precautionary principle. The rule of non-regression, the Declaration of Philadelphia, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women - CEDAW, 1979. Bibliographical research and the deductive legal method were used. It is concluded that the rights to maternity and breastfeeding, which aim to protect working women, cannot serve as a factor of discrimination. Proposals for changing legislation - Nurseries.

Keywords: Discrimination against pregnant and lactating women – feminist theories – international standards for women's health – Nurseries.

INTRODUÇÃO

Como bem esclarece Mônica Bernardes Peixoto “é no jogo dialético entre os valores do passado e os de hoje, que a história se faz com uma nova consciência do poder feminino e seu desdobramento efetivo na sociedade contemporânea, reconstruindo uma imagem mais favorável e justa da mulher, como ser humano, como indivíduo, como cidadã e como participe de uma nova realidade que reflete os anseios culturais e as necessidades sociais de todos os seus segmentos.

Assim, o século XX foi decisivo para a mulher, especialmente para a mulher brasileira, que só teve seus direitos consolidados com a promulgação da Constituição de 1988. O acesso maior à educação, notadamente ao nível superior, possibilitou às mulheres uma interação social mais abrangente, com uma rápida e intensa apropriação da cultura.

Hoje, elas são maioria nas escolas, do ensino fundamental ao superior, têm em média, 5,7 anos de estudo, enquanto no caso masculino essa média cai para 5,4 anos. As taxas de analfabetismo feminino – na faixa de 15 a 19 anos – são de 4,3% contra 9,3% para os homens.

As grandes transformações econômicas, culturais e sociais ocorridas no final deste século levaram-nas a assumir novas posições, inclusive as de chefe de família. Segundo dados do IBGE, uma em cada 4 famílias brasileiras é chefiada por mulher.

A melhoria educacional é um dos fatores determinantes do aumento de sua participação no mercado de trabalho, embora, muitas vezes, a competência profissional não lhe assegure uma remuneração equivalente à do homem” (Peixoto, 2000).

Florisia Verucci no brilhante artigo “A mulher no Direito da Família brasileiro – Uma história que não acabou” afirma que “a mulher continua a não contar com uma legislação civil clara e confortável para os tempos que correm, em que por seus próprios esforços e méritos, conseguiu conquistar altos níveis de participação no processo de desenvolvimento do país e se encontra ainda na fase reivindicatória da implantação efetiva do princípio da igualdade, seja na família, seja no trabalho, seja na participação política.” (A mulher no Direito de Família brasileiro – Uma história que não acabou. // Mulher – Cinco Séculos)

No presente artigo vamos analisar o voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, cujo objeto é o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre, adotando-se o enfoque da Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, documento que todos os órgãos do Poder Judiciário foram orientados a observar, nos termos da Recomendação 128, de 15 de fevereiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça. Também analisaremos

acórdão do TST sobre dano existencial quanto ao não respeito do intervalo para amamentação da lavra do Ministro Maurício Godinho Delgado.

O presente artigo aborda a evolução das normas de proteção nacionais e internacionais destinadas às mulheres gestantes e lactantes, bem como a garantia de meio ambiente saudável; o caminho percorrido pelas teorias feministas como fundamento da promoção dos direitos das mulheres; a valorização da família e do trabalho, evidenciando o desproporcional dever de cuidado imposto à mulher pela estrutura patriarcal do capitalismo; a importância da perspectiva de gênero e da interseccionalidade para a garantia da igualdade material efetiva entre homens e mulheres; os princípios do não retrocesso social, da solidariedade social e da precaução.

Apresenta-se, assim, a contextualização da matéria com base em estudos e teorias feministas, e uma visão crítica dos direitos que protegem a família e a maternidade, e do princípio da igualdade material, adotando-se as lentes de gênero.

1 A LEI 13.467/2017: APONTAMENTOS SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Lei 13.467/2017 é desconstituinte, não só porque busca ferir de morte o núcleo central constitucional do valor social do trabalho humano, mas também porque se insere dentro de um processo estrutural acelerado de mudança voltada a cumprir dinâmicas do mercado em tempo histórico que é afeto a economia e não ao direito.

A Lei 13.467/17 procurou dar respaldo legal à práticas já existentes no mercado de trabalho e oferecer novas opções contratuais para empregadores ajustarem a quantidade e o custo do trabalho às suas necessidades. Trata-se de estímulo à contratação atípica, introduzindo o contrato intermitente e o autônomo permanente, vergando uma das colunas centrais da principiologia contratual celetista: a indeterminação do prazo como a regra dos contratos de trabalho.

Observa-se, sem dificuldade, que um dos objetivos centrais com o novo e extenso cardápio de possibilidades contratuais do trabalho foi o de proporcionar uma ainda maior liberdade para as empresas na gestão da força de trabalho, ampliando seu campo de manejo da utilização do trabalho de acordo com as suas necessidades mediatas nos pilares centrais da relação de emprego: remuneração do

trabalho, jornada de trabalho e modalidades de contratação.

Afirmavam que a ampla judicialização dos conflitos trabalhistas e a atuação da Justiça do Trabalho em dissonância à "modernização necessária", gerava inseguranças e afastava os investimentos aptos ao desenvolvimento econômico.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) como norma legislativa de referência e regulamentação das leis relativas ao Direito do Trabalho e ao Direito Processual do Trabalho no Brasil representou historicamente a proteção social do trabalhador, por parte do Estado, fruto de uma ampla e longa luta dos movimentos sociais pelos direitos trabalhistas.

Apesar disso, de modo gradual, a CLT foi sofrendo emendas, desconstruções e retrocessos causados em sua maioria, pela modernização conservadora, desde a ditadura militar, e mais recentemente pelos ditames da ordem neoliberal associada às práticas políticas, sociais e ideológicas de dominação.

Mário de la Cueva (1954) desenvolveu uma verdadeira epistemologia jurídico laboral explicando que o Direito do Trabalho tem um núcleo e um envoltório protetor para o seu desenvolvimento. O núcleo corresponde aos princípios e as instituições que asseguram (ou procuram assegurar) ao trabalhador uma proteção imediata. É composto do direito individual e das tutelas aos trabalhos da mulher, da criança e do jovem. O primeiro núcleo é constituído pelas normas reguladoras das prestações individuais de serviços, pelas regras de proteção à vida e à saúde do trabalhador, visando um nível condigno de existência. O segundo núcleo regula a proteção à maternidade, à infância e à juventude.

Não foi a primeira vez que o Direito do Trabalho se viu frente a mudanças voltadas à desproteção do trabalhador, quiçá voltadas ao desmantelamento das suas regras protetivas, seja no seu núcleo, seja no seu envoltório, todavia o processo de aceleração do tempo imprimido no ano de 2017 foi intenso e disruptivo.

O Direito do Trabalho como ramo especializado que é, tem seus princípios, suas instituições e suas normas fundamentais. Nunca é demais lembrar que a Constituição da República tornou grande parte dos direitos celetistas em direitos constitucionais. Aquele núcleo que nos ensina Mário de la Cueva (1954) é, na topografia constitucional, uma das suas cartas de apresentação no cuidado e respeito aos direitos do ser humano que trabalha.

O acesso à justiça é um direito fundamental e representa uma conquista humana, não se trata de um dado histórico. É um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Seu conteúdo vem sendo continuamente ampliado, conforme a conjuntura social e política da época, até alcançar, na contemporaneidade, seu maior desafio: de se fazer efetivo em uma sociedade desigual.

Foi somente com a evolução dos direitos humanos e sociais que o efetivo acesso à justiça passou a ser concebido de forma mais efetiva, pois se o acesso à justiça fosse reduzido à sua dimensão puramente técnica e "socialmente neutra", os direitos sociais não passariam de "declarações políticas de conteúdo e função mistificadores".

A evolução do acesso à Justiça é recente na história moderna sendo que apenas no ano de 1950 foi ele reconhecido como um direito humano (Convenção Europeia de Direitos Humanos) e na América apenas no ano de 1969, face o Pacto São José da Costa Rica.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, o acesso à justiça ganha destaque no cenário jurídico e político, passando a exercer papel fundamental na sociedade. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição preceitua que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (BRASIL 1988). Assim, "...acesso à justiça está, portanto, vinculado aos temas de cidadania e constitucionalismo, apoiando e reforçando o Estado de direito [...]" (Economides, 1999, p. 69).

A crítica aos direitos sociais, ao direito do trabalho e às suas instituições, inclusive com ações concretas quanto à extinção (Ministério do Trabalho e Emprego) e ameaças veladas ou não (Justiça do Trabalho e Ministério Público do Trabalho), além da narrativa da ineficiência da Constituição de 1988 é mobilizada para a construção de um quadro catastrófico e urgente. Quadro este que busca levar a conclusão inexorável que o Brasil está à beira de um colapso e, apenas uma ruptura radical proporcionaria ganhos de racionalidade, moralidade e eficiência econômica com a geração de postos de trabalho e manutenção dos existentes.

Aos obstáculos gerais somou-se a relação de poder existente entre o reclamante e reclamada. O poder empregatício do empregador (GODINHO, 1996) atinge não só a força de trabalho, mas também a própria norma trabalhista, dando-lhe escolher, quanto, onde, se e quando utilizá-la. Se o emprego representa para o trabalhador sua sobrevivência, submete-se à violação de seus direitos, a fim de seguir recebendo um salário que, ainda que atrofiado, é melhor que salário nenhum.

2 ACESSO À JUSTIÇA E AOS DIREITOS DO TRABALHO

O Direito do Trabalho que tem o propósito de promover justiça social nesta quadra histórica passa a ser questionado ainda com mais força. O ramo laboral que pretende estabelecer um justo equilíbrio, se não o desejável e ideal, ao menos o equilíbrio possível na divisão dos frutos do trabalho passa a ser atacado, de forma contundente e contínua.

A ideia de justiça no mundo contemporâneo deve ser buscada a partir de uma teoria do Estado Democrático de Direito, portanto, dos Direitos Fundamentais. O justo é aquilo que reflete valores como o da dignidade do ser humano.

Os direitos sociais buscam fazer com que o desenvolvimento econômico corresponda na mesma proporção, a justiça social. Assim, na perspectiva do direito social, não basta respeitar o outro, deve-se, concretamente, agir para que os seus direitos sejam efetivados, em verdadeiro acesso à justiça pela via dos direitos.

As formas jurídicas do processo não podem servir para reproduzir e, assim, reforçar a opressão do local de trabalho. Reconhecer a realidade concreta é função do processo, eliminando os obstáculos ao acesso à ordem jurídica trabalhista, justa.

As alterações das regras processuais, propostas pela Lei nº 13.467/17, não podem ser compreendidas e aplicadas à luz da noção de um direito que não deve ser acessível e efetivo. O direito processual mesmo após a reforma de 2017 deve ser porta de acesso à justiça pela via dos direitos. Acesso à justiça como um direito fundamental, que é a própria condição para exercício e reivindicação dos direitos sociais do trabalho.

3 AÇÃO DIRETA DE INSCONSTITUCIONALIDADE 5.938 DISTRITO FEDERAL

Transcreve-se a íntegra da Ementa do julgamento da ADI 5938 em 29/05/2019, considerando tratar-se de magistral aula de Direito Constitucional e de respeito a normatividade protetiva da CF/88. A saber:

Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES. Julgamento: 29/05/2019 – Tribunal Pleno DIREITOS SOCIAIS. REFORMA TRABALHISTA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À MATERNIDADE. PROTEÇÃO DO TRABALHO DA MULHER. DIREITO À SEGURANÇA NO EMPREGO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE DA CRIANÇA. GARANTIA CONTRA EXPOSIÇÃO DE GESTANTES E LACTANTES A ATIVIDADES INSALUBRES.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. 2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. 3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento, de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227). 4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou

lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.

5. Ação Direta julgada procedente.

1. O conjunto dos Direitos sociais foi consagrado constitucionalmente como uma das espécies de direitos fundamentais, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes visando a concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

2. A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante e o direito à segurança no emprego, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

3. A proteção contra a exposição da gestante e lactante a atividades insalubres caracteriza-se como importante direito social instrumental protetivo tanto da mulher quanto da criança, tratando-se de normas de salvaguarda dos direitos sociais da mulher e de efetivação de integral proteção ao recém-nascido, possibilitando seu pleno desenvolvimento de maneira harmônica, segura e sem riscos decorrentes da exposição a ambiente insalubre (CF, art. 227).

4. A proteção à maternidade e a integral proteção à criança

são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em apresentar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. 5. Ação Direta julgada procedente.

4 NÚCLEO PROTETIVO CONSTITUCIONAL DE DUPLA TITULARIDADE À MULHER GESTANTE E AO NASCITURO

A ADI 5938, já transitada em julgado, é um exemplo exponencial de acesso à justiça pela via dos direitos, seja pelo exemplo processual e jurisdicional, seja pelo acesso aos direitos sociais constitucionais que a reforma buscava restringir, seja pela prevalência do art. 227, CF/88, seja pela primorosa decisão do plenário do STF.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5938 (Número Único: 0069830-37.2018.1.00.0000), com pedido de medida cautelar, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos em face da expressão "quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento" (grifou-se) do art. 394-A, II e III, da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, com o seguinte teor:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade a empregada deverá ser afastada de:

I – Atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II – Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III – Atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

Aduz a Autora que a norma em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido (arts. 6º, 7º, XXXIII, 196, 201, II e 203, I), todos da Constituição Federal; violaria a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF) e o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF); desprestigiaria a valorização do trabalho humano e não asseguraria a existência digna (art. 170 da CF); afrontaria a ordem social brasileira e o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais (art. 193 da CEF); e vulneraria o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225 da CF). Além dos preceitos constitucionais citados, aponta violação do princípio da proibição do retrocesso social.

Assiste razão à autora, sendo inconstitucional a norma impugnada, que diminui a tutela de direitos sociais indisponíveis.

Em maio de 2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses. Assim, a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, foi declarada como afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança.

A norma constante na Lei 13.467/17 admitia que gestantes exercessem atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo e que lactantes desempenhassem atividades insalubres em qualquer grau, exceto quando apresentassem atestado de saúde que recomende o afastamento. Tal previsão legal afrontava a proteção que a Constituição Federal atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao

nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente de trabalho equilibrado.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes faz referência à norma da Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) que passou a impor às grávidas e às lactantes o ônus de apresentar atestado de saúde como condição para o afastamento, sujeitando a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos, sobretudo para aquelas que não têm acesso à saúde básica para conseguir o atestado.

Na avaliação do ministro-relator, a norma estava em desacordo com diversos direitos consagrados na Constituição Federal e deles derivados, entre eles a proteção à maternidade, o direito à licença-maternidade e a segurança no emprego assegurada à gestante, além de normas de saúde, higiene e segurança. O voto vencedor avaliou que sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como direito social protegido tanto da mulher quanto da criança:

“A razão das normas não é só salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção do recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre e consagrada com absoluta prioridade no artigo 227 do texto constitucional, como dever também da sociedade e do empregador.”

Segundo a decisão já transitada em julgado, a alteração deste ponto da CLT feriu direito de dupla titularidade – da mãe e da criança. A previsão de afastamento automático da gestante ou da lactante do ambiente insalubre está absolutamente de acordo com o entendimento do Supremo de integral proteção à maternidade e à saúde da criança:

“a proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, pela impossibilidade ou pela eventual negligência da gestante ou da lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido.”

Para o voto vencedor, não procede o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. É que eventuais discriminações devem ser punidas nos

termos da lei, e o próprio texto constitucional determina de maneira impositiva a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos. Por outro lado, também não procede o argumento do ônus excessivo ao empregador, pois a norma isenta o tomador de serviço do ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada afastada.

5 A PROTEÇÃO LEGAL DA MATERNIDADE, DA GESTANTE, E DO NASCITURO

A Constituição Federal proclama importantes direitos em seu artigo 6º, entre eles a proteção à maternidade, que é a ratio para inúmeros outros direitos sociais instrumentais, tais como a licença-gestante, o direito à segurança no emprego, que compreende a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa da gestante e, nos incisos XX e XXII do artigo 7º, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei, e redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

No julgamento da ADI 5.938 foi a Ministra Rosa Weber quem “apresentou apanhado histórico legislativo dos direitos das mulheres no Brasil e no mundo. Segundo a ministra contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante no país. Isso revela, a seu ver, quase um século de “afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações”. A Constituição de 1988, por sua vez, priorizou a higidez física e mental do trabalhador ao exigir, no inciso XXII do artigo 7º, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade devido as contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Dessa forma, afirmou a Ministra Rosa Weber, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no artigo 7º “impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito do equilíbrio entre trabalho e família”. Conclui, afirmando que a alteração promovida pela Reforma Trabalhista implicou “inegável retrocesso social”.

Cabe rememorar a forma como, historicamente, foi construído o sistema jurídico de proteção da maternidade, da gestante, da família e do nascituro.

Contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante a revelar quase meio

século de afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações. O Decreto de nº 16.300 de 29/12/1923, ao aprovar o Regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública em seu art. 342 estabeleceu à mulher o dever de amamentação e ao empregador a obrigação de ensejar o cumprimento desse dever, enquanto o art. 349 determinou ao empregador providências “para que as operárias, possam, sem prejuízo, dispensar cuidados aos filhos”.

A regulação das condições de trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais inaugurou-se com o Decreto nº 21.417-A de 17/05/1932. Além de proibir distinção salarial e trabalho de igual valor por motivo de sexo, vedou a prestação laboral feminina em subterrâneos, minerações, subsolo, pedreiras, obras de construção, bem como em atividades perigosas e insalubres. Proibiu ademais, o trabalho da gestante durante o período de quatro semanas antes e depois do parto, com o recebimento de auxílio correspondente à metade dos salários, facultando-lhe o rompimento do contrato de trabalho no caso de comprovação por atestado médico de prejuízo à gestação. À lactante assegurou o direito de dois descansos diários especiais, de meia hora cada um, durante os primeiros seis meses que se seguiram ao parto em local apropriado à vigilância e assistência materna dos filhos em período de amamentação, a ser providenciado pelos estabelecimentos de 30 mulheres acima dos 16 anos.

Sob os influxos do constitucionalismo social iniciado após os devastadores efeitos da Primeira Guerra Mundial, a Constituição de 1934, no título IV da Ordem Econômica e Social, exalta o amparo a maternidade e à infância ao destinar ao seu amparo um por cento das rendas tributárias da União, Estados e Municípios. No que diz à proteção dos direitos individuais das mulheres, garantiu a igualdade de remuneração (art. 121, § 1º, “a”), proibiu o trabalho nas atividades insalubres (art. 121, § 1º, “d”), assegurou assistência médica e sanitária à gestante, descanso antes e depois do parto sem prejuízo do salário e do emprego, e determinou a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do emprego e do empregador a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte (art. 121, § 1º, “h”).

De curta duração, à Constituição de 1934 seguiu-se a Constituição de 1937, que se limitou a garantir à gestante assistência médica e período de repouso antes e depois do parto sem prejuízo do salário.

Posteriormente, a Constituição de 1946 retornou a garantia de igualdade salarial entre homens e mulheres (art. 157, II) e a vedação do trabalho feminino em atividades insalubres (art. 157, IX), mantida na Constituição de 1967 (art. 158, X).

Comprometida com as conquistas civilizatórias definidoras do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 assentou-se sobre as bases da democracia e do exercício dos direitos fundamentais sociais e individuais a edificar a sociedade brasileira fundada nos valores supremos da igualdade e da justiça social.

Nesse sentido é inegável o avanço da nossa Constituição Cidadã na proteção da maternidade como direito social (art. 6º), da família como base da sociedade (art. 226 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010), bem como do planejamento como livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, atribuído ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício.

6 TEORIA FEMINISTA DA IGUALDADE OU FEMINISMO LIBERAL E TEORIA FEMINISTA DA DIFERENÇA OU TEORIA CULTURAL

Como visto, o direito evoluiu na proteção que destina às mulheres, porém devemos reconhecer que o seu caráter androcêntrico, pois criado eminentemente por legisladores do sexo masculino (na legislatura 2019-2013 apenas 15% das cadeiras da Câmara dos Deputados eram ocupadas por mulheres-<https://www.camara.leg.br/noticias/550935-bancada-feminina-na-camara-sera-composta-por-77-deputadas-na-nova-legislatura/>). A análise das teorias feministas, nesse aspecto, é essencial para uma adequada interpretação das normas. Mormente para que atinjam o escopo constitucional de igualdade material entre homens e mulheres.

As teorias feministas tiveram início com o feminismo da igualdade (ou feminismo liberal), vertente que tinha por objetivo afirmar a igualdade efetiva de direitos entre homens e mulheres, demonstrando que as exclusões impostas à mulher, como o impedimento ao exercício do direito de voto, não tinham fundamentos que os justificassem. Evidenciando que a desigualdade de tratamento legislativo das mulheres não tinha embasamento jurídico, e especialmente que o critério biológico não justificava a diferenciação, pois baseado no estereótipo da fragilidade física e inferioridade intelectual das mulheres, as teóricas visavam garantir que as mulheres alcançassem a mesma posição dos homens como sujeitos de direito.

Mais atento às realidades distintas sob as quais vivem homens e mulheres, as teóricas do feminismo da diferença (ou feminismo cultural) reivindicavam justamente o oposto: políticas públicas e tratamento legislativo diferenciado às mulheres sempre que reconhecida diferença efetiva entre os

gêneros, seja ela biológica ou cultural. O argumento, portanto, era de que não bastava afirmar a igualdade pois na verdade a igualdade material entre os gêneros só é atingida quando são reconhecidas as diferenças entre eles. Assim, onde houvesse diferença que efetivamente justificasse um tratamento diferenciado com fins de garantir a igualdade, deveria haver proteção legal especial. Como exemplo clássico dessa vertente teórica temos a defesa de regras especiais para as gestantes, reconhecendo a gravidez como condição a justificar tratamento especial.

Nesse sentido, o alcance da igualdade de gênero requer que as necessidades específicas da saúde da mulher naquilo que diferem daquelas dos homens, sejam consideradas de forma a garantir providências adequadas aos seus ciclos de vida. Assim, "a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas ao revés, para a sua promoção". (PIOVESAN, Flavia. *Acções afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55*).

Especificamente no âmbito da relação de emprego a maternidade representa para a trabalhadora-mãe um período de maior vulnerabilidade, devido às contingências físicas, e ao desafio de conciliar os projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Levando em conta o dever de cuidado que lhe é imposto de forma desproporcional pela divisão sexual do trabalho. Dessa forma, na perspectiva axiológica de valorização da maternidade em sua função social, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no art. 7º da Constituição de 1988 – entre eles a licença gestante sem prejuízo do emprego e do salário (inciso XVIII) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho (inciso XXII) , bem como a estabilidade da gestante garantida no art. 10, II, "b" do ADCT, impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada mãe garantida no art. 10, II, "b" do ADCT, impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar para a empregada-mãe merecida proteção à saúde (sua e do nascituro) e segurança no exercício do direito à maternidade plena, resguardando o equilíbrio entre a manutenção do emprego e os cuidados demandados por mãe e bebê.

A CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER – promulgada pelo DECRETO 4.377 DE 13.09.2002, compreende a maternidade a partir da sua função social. Nessa perspectiva não pode ser causa de discriminação, principalmente na esfera do emprego, em que devem ser asseguradas condições de igualdade entre homens e mulheres, e em particular "o direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução" (Art. 11). Nesse sentido, deverão ser tomadas as medidas pelos Estados Parte a fim de

impedir a discriminação contra a mulher durante a maternidade e assegurar o direito a trabalhar, especificamente no que diz a "proteção especial das mulheres durante a gravidez nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a elas." (Art. 11, item 2, alínea "d").

As normas internacionais evoluíram para consagrar e assegurar direitos servindo como fonte jurídica de proteção de um nível mínimo existencial de garantia ao ser humano. Entre as muitas formas de manifestação, as convenções internacionais, em especial quando ratificadas, passam a ser dotadas de força cogente em relação ao país subscritor, não excluindo, no entanto, os demais regramentos, fontes materiais do direito. Também no plano internacional, o Direito do Trabalho vem consagrando direitos e obrigações visando a melhoria das condições de vida dos trabalhadores de maneira a universalizar os princípios de justiça social e da dignidade da pessoa humana.

7 CONVENÇÕES DA OIT – PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA E ODS DA ONU

A OIT, na conferência de 10 de junho de 2022, acrescentou uma outra categoria de princípio e direito fundamental, ao lado de outras quatro já existentes, estabelecendo o direito a um meio ambiente de trabalho seguro e saudável. Assim, os estados-membros estão comprometidos em observar, respeitar e fazer cumprir tais princípios e necessariamente estabelecer um ordenamento jurídico interno de acordo com os valores ali inerentes que possam se tornar realidade, mesmo quando o Estado não tenha ratificado eventual convenção.

A saúde e segurança do meio ambiente de trabalho, bem como proteção da mulher gestante, lactante e lactentes foram objeto de convenções da Organização Internacional do Trabalho, podendo ser citadas como exemplo as de número 136, 155, 183, 187 e 191.

A convenção 187 da OIT, não ratificada pelo Brasil, tem grande centralidade sobre o tema pois estabelece compromissos aos membros para que promovam medidas e assegurem progressivamente um ambiente de trabalho seguro e saudável. A lógica é a eliminação ou redução dos agentes de risco associados ao trabalho, na medida do razoavelmente exequível.

Neste aspecto, o artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica dispõe:

"Os Estados partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional especialmente econômica e

técnica a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis por via legislativa ou por outros meios apropriados."

A convenção 183 da OIT, não ratificada, proíbe que mulheres grávidas ou que amamentam sejam obrigadas a executar trabalhos prejudiciais à sua saúde ou da criança, ou mesmo com risco significativo para a saúde.

A convenção 155 da OIT estabelece conceitos importantes como os de saúde e local de trabalho, e impõe aos países signatários a exigência de políticas, de ações progressivas para redução e prevenção de riscos de acidentes ou situações que de forma direta ou indireta possam vir a ocasionar danos à saúde do trabalhador e afetar o ambiente de trabalho. A norma, em seu artigo 3º, define que o conceito de saúde, "com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou 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".

Já na convenção 136 da OIT, que cuida da proteção contra os riscos de intoxicação do benzeno, há uma disposição específica de proteção às mulheres no artigo 11: "Art. 11 – 1. Às mulheres em estado de gravidez, atestado médico, e às mães em período de amamentação não deverão ser empregadas em trabalhos que acarretam exposição ao benzeno ou produtos contendo benzeno". Além disso, existem outras normas como a Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, em que está exposto que a adoção de medidas destinadas a proteger a maternidade não será considerada como discriminatória. Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, trata a família como núcleo da sociedade. Da mesma maneira, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) concede proteção especial às mães, determinando que os estados-membros adotem medidas para o desenvolvimento das crianças com ações voltadas ao meio ambiente.

A ONU, comprometida com a proteção dos direitos humanos vem elaborando estratégias de implementação efetiva dessa proteção. Nesse passo, os ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) representam um efetivo plano de ação em nível internacional para realização de políticas públicas. O ODS do número 3 é de assegurar uma vida saudável e

promover o bem-estar para todos, em todas as idades, o que implica redução da mortalidade e o número de mortes e doenças por produtos químicos perigosos. Já o ODS de número 5 é o de alcançar a igualdade de gênero, e que portanto, tem como decorrência a proteção especial para mães e filhos e o direito de condições justas de trabalho.

A estrutura normativa nacional e internacional, conforme se vê na exposição acima visa a garantir um meio ambiente de trabalho que resguarde os direitos de todas as gestantes e lactantes, bem como preservar sua qualidade de vida, segurança e saúde. Portanto, a norma do artigo 394-A da CLT, como posta pelo legislador, busca uma flexibilização que não encontra amparo no âmbito constitucional, e contraria também normas de âmbito internacional.

A previsão de determinar o afastamento automático da mulher gestante do ambiente insalubre, enquanto durar a gestação, somente no caso de insalubridade em grau máximo, em princípio, contraria a jurisprudência da CORTE que tutela os direitos da empregada gestante e lactante, do nascituro e do recém-nascido lactente, em quaisquer situações de risco ou gravame à sua saúde e bem-estar.

A existência de riscos graves e a incerteza quanto às dimensões exatas desse risco no caso concreto constituem os fundamentos de aplicação do princípio da precaução, a informar a predileção por alternativas que aumentem a salvaguarda dos envolvidos. Nesse sentido esclarece a Min. Carmen Lúcia, relatora da ADPF 101, em excerto de seu voto condutor, *in verbis*:

"O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana seja tanto pela proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza" (ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe 04-06-2012).

Instituído expressamente como um direito social, a proteção à maternidade impede que a gravidez ou a amamentação sejam motivos para fundamentar qualquer ato contrário ao interesse da mulher, ainda mais quando tal ato impõe-lhe grave prejuízo.

A inconstitucionalidade consiste no fato de as expressões impugnadas permitirem a exposição de empregadas grávidas e lactantes a trabalho em condições insalubres. Mesmo em situações de manifesto prejuízo à saúde da trabalhadora por força do texto impugnado, será ônus desta a demonstração

probatória e documental dessa circunstância, o que obviamente desfavorece a plena proteção do interesse constitucionalmente protegido, na medida em que sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos.

O princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social. Ademais, o direito ao planejamento familiar é livre decisão do casal. O fundamento da dignidade da pessoa humana revela sua indissociável relação com a liberdade reprodutiva. A liberdade decisória tutelada pelo planejamento familiar "vincula-se à privacidade e à intimidade do projeto de vida individual e parental dos envolvidos" (MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar, F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lênio L (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).

Em 1988, o constituinte assinalou, como premissa do Estado brasileiro a garantia do exercício dos direitos sociais o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, consagrando, portanto, o princípio da máxima efetividade. De forma mais específica, o artigo 394-A da CLT prevê que somente as gestantes serão afastadas de atividades de grau máximo e que, quanto ao trabalho realizado em local insalubre, de grau médio ou mínimo, tanto as gestantes quanto às lactantes somente serão afastadas nos casos em que um médico de sua confiança ateste esta necessidade. Isto é, além de inserir a possibilidade de as gestantes e lactantes trabalhadoras exercerem atividades em local de insalubridade média e mínima, a Reforma Trabalhista vai além e cria uma discriminação jurídica entre as gestantes e as lactantes, por vedar o trabalho da gestante em ambiente insalubre de grau máximo, mas não o proibir para as lactantes. Ou seja, estas últimas trabalhadoras somente deverão ser afastadas de atividades de grau de insalubridade máxima quando apresentarem atestado médico de saúde nesse sentido.

A discriminação, violência e o assédio baseado em gênero na sociedade brasileira indica o caráter estrutural e coletivo dessas práticas. A superação da desigualdade de gênero no trabalho requer ações promocionais, repressivas específicas, tanto pelo Estado brasileiro (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário) como por particulares, com suporte nas diretrizes da Convenção 190 e da Recomendação 206 da OIT. O primeiro tratado internacional sobre violência e assédio no mundo do trabalho entrou em vigor em 25 de junho de 2021 – dois anos depois de ter sido adotado pela Conferência Internacional do Trabalho (CIT) da OIT.

A Convenção 190 da OIT fornece a primeira

definição internacional de violência e assédio no mundo do trabalho, incluindo a violência de gênero e assédio – e serve como instrumento na tomada de decisão e de ações públicas e privadas no mercado de trabalho.

A violência baseada em gênero e aquela violência que se dirige contra as pessoas, ou que afetam de maneira desproporcional às pessoas de um sexo ou gênero determinado (Convenção 190/OIT, art. 1.1.b).

A Declaração de Filadélfia afirma que todos os seres humanos, independentemente da raça, crença, ou sexo/gênero, têm o direito de procurar o seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e oportunidade iguais.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, de 1979, em vigor desde 1981, é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. São duas frentes propostas: promover os direitos da mulher na busca de igualdade de gênero e reprimir quaisquer discriminações contra a mulher nos Estados-parte.

A Convenção da Mulher deve ser tomada como parâmetro mínimo das ações estatais na promoção dos direitos humanos das mulheres e na repressão às suas violações, tanto no âmbito público como no privado. A CEDAW é a grande Carta Magna dos direitos das mulheres e simboliza o resultados de inúmeros avanços principiológicos, normativos e políticos construídos nas últimas décadas em um grande esforço global de edificação de uma ordem internacional de respeito à dignidade de todo e qualquer ser humano. A Convenção se fundamenta na dupla obrigação de eliminar a discriminação e de assegurar a igualdade. A Convenção trata do princípio da igualdade, seja como obrigação vinculante, seja como um objetivo. Os Estados-parte têm o dever de eliminar a discriminação contra a mulher através da adoção de medidas legais, políticas e programáticas, e incluem o dever de promover todas as medidas apropriadas no sentido de eliminar a discriminação contra a mulher praticada por qualquer pessoa, organização, empresa e pelo próprio Estado, mediante ações afirmativas para modificação de padrões sociais e culturais de conduta.

Os artigos 10 e 11 da CEDAW requerem que os Estados-parte eliminem a discriminação na educação e no trabalho, na saúde, na vida cultural, social e econômica das mulheres, vejamos:

Artigo 10 Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, a fim de assegurar-lhe a igualdade de direitos com o homem na esfera da educação e em particular para assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres:

a) As mesmas condições de orientação em matéria de

carreiras e capacitação

profissional, acesso aos estudos e obtenção de diplomas nas instituições de ensino de todas as categorias, tanto em zonas rurais como urbanas; essa igualdade deverá ser assegurada na educação pré-escolar, geral, técnica e profissional, incluída a educação técnica superior, assim como todos os tipos de capacitação profissional;

b) Acesso aos mesmos currículos e mesmos exames, pessoal docente do mesmo nível profissional, instalações e material escolar da mesma qualidade;

c) A eliminação de todo conceito estereotipado dos papéis masculino e feminino em todos os níveis e em todas as formas de ensino mediante o estímulo à educação mista e a outros tipos de educação que contribuam para alcançar este objetivo e, em particular, mediante a modificação dos livros e programas escolares e adaptação dos métodos de ensino;

d) As mesmas oportunidades para obtenção de bolsas de estudo e outras subvenções para estudos;

e) As mesmas oportunidades de acesso aos programas de educação supletiva,

incluídos os programas de alfabetização funcional e de adultos com vistas a reduzir, com a maior brevidade possível, a diferença de conhecimento existente entre o homem e a mulher;

f) A redução da taxa de abandono feminino dos estudos e a organização de programas para aquelas jovens mulheres que tenham deixado os estudos prematuramente;

g) As mesmas oportunidades para participar ativamente nos esportes e na educação física;

h) acesso a material informativo específico que contribua para assegurar a saúde e o bem-estar da família, incluída a informação e o assessoramento sobre planejamento da família.

Artigo 11

1. Os Estados-parte adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminar contra a mulher na esfera do emprego a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, os mesmos direitos em particular:

a) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;

b) O direito ao trabalho como direito inalienável de todo ser humano;

c) O direito de escolher livremente profissão e emprego, o direito à promoção e à estabilidade no emprego e a todos os benefícios e outras condições de serviço, e o

direito ao acesso à formação e à atualização profissionais, incluindo aprendizagem,

formação profissional superior e treinamento periódico;

d) O direito a igual remuneração, inclusive benefícios e igualdade de tratamento

relativa a um trabalho de igual valor, assim como a igualdade de tratamento com respeito à avaliação da qualidade de trabalho;

e) O direito à seguridade social, em particular em casos de aposentadoria, desemprego, doenças, invalidez, velhice ou outra incapacidade para trabalhar, como o direito a férias pagas;

f) O direito à proteção da saúde e à segurança nas condições de trabalho, inclusive a salvaguarda da função de reprodução.

2. A fim de impedir a discriminação contra a mulher por razões de casamento ou maternidade e assegurar a atividade de seu direito a trabalhar, os Estados-partes tomarão as medidas adequadas para: a) Proibir, sob sanções, a demissão por motivo de gravidez ou licença de maternidade e a discriminação nas demissões motivadas pelo estado civil;

b) implantar a licença maternidade com salário pago ou benefícios sociais comparáveis, sem perda do emprego anterior, antiguidade ou benefícios sociais;

c) Estimular o fornecimento de serviços sociais de apoio necessários para permitir que os pais combinem as obrigações para com a família com as responsabilidades do trabalho e a participação na vida pública, especialmente mediante o fomento da criação e desenvolvimento de uma rede de serviços destinado aos cuidados das crianças;

d) Dar proteção especial às mulheres durante à gravidez nos tipos de trabalhos

comprovadamente prejudiciais para elas.

3. A legislação protetora relacionada com as questões compreendidas neste artigo será examinada periodicamente à luz dos conhecimentos científicos e tecnológicos e será revista, derrogada ou ampliada conforme as necessidades.

No trabalho, a violência baseada em gênero aparece como efeito da exclusão e desqualificação

profissional da mulher no longo de sua vida e pelo capital patriarcal ao mesmo tempo em que é instrumentalizada para silenciar as reivindicações de igualdade entre os gêneros. Ela, de forma recorrente, é tratada como um problema privado das mulheres, ainda que seja utilizada como justificativa na retórica para justificar exclusões das mulheres e, até mesmo, reduzir direitos de todo o grupo de trabalhadores.

O assédio moral contra a gestante e a lactante é um dos exemplos do quanto a violência é permanente e nociva à carreira das mulheres, pois um número expressivo de vítimas desse tipo de violência baseada em gênero compromete o regular desenvolvimento da carreira profissional da mulher ocasionando mais interrupções em sua carreira e degradando as condições de trabalho.

A violência baseada em gênero em razão do trabalho reprodutivo (cuidado de pessoas) está enraizada em padrões discriminatórios prejudiciais às mulheres que resultam atualmente em mais mulheres fora do mercado de trabalho.

Os mercados de trabalho recrutam mulheres de forma seletiva, diferentemente do que ocorre com os homens. Existe uma forte preferência para as mais jovens, mais escolarizadas e que não têm um companheiro (solteiras, divorciadas, viúvas). A situação fica ainda mais crítica quando se trata de profissionais grávidas ou com filhos pequenos (YANNOULAS, 2002, p. 16).

O aumento da participação de mulheres nos mercados de trabalho está mais vinculado à expansão das atividades "femininas" do que ao acesso às atividades "masculinas", as discriminações vertical e horizontal dos mercados de trabalho se reproduzem; a brecha salarial não foi reduzida (é maior quanto maior é o nível de instrução); a taxa de desemprego feminina continua sendo superior à dos homens; e aumenta a presença das mulheres nas ocupações mais precárias.

O mercado de trabalho brasileiro, permeado pelo machismo estrutural, combinado com outras discriminações como racismo, etarismo, capacitismo, entre outros, reproduz essas práticas e, portanto, não é amigável às mulheres.

8 A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Diante das elevadas taxas de desemprego que atingem ainda mais diretamente a mulher no mercado de trabalho, muitas vezes inexistente planejamento familiar capaz de conciliar os interesses profissionais maternos. Por tais razões, a "escolha" no mais das vezes impõe às mulheres o sacrifício da sua carreira, traduzindo-se em direta perpetuação da desigualdade de gênero.

Sequer se cogite de que a norma estabelece uma alternativa prestigiando a liberdade de escolha da

trabalhadora. O cinismo dessa falsa liberdade oculta o enraizamento da discriminação social que recai sobre a mulher.

Ainda que se tratasse de direitos disponíveis, o que evidentemente não ocorre, a escolha da trabalhadora de apresentar atestado ao empregador, a fim de afastar-se dos fatores insalubres – ou do próprio trabalho, quando não existe atribuição alternativa –, não se dissocia das amarras socialmente construídas do dever de maternidade, da proteção do nascituro, da responsabilidade pela harmonia familiar, que recaem desproporcionalmente sobre a mulher. Não se trataria de uma escolha livre por ser carregada dos vieses sexistas que respondem pela culpa materna e perpetuam a desigualdade da mulher no mercado de trabalho.

Para superar a violência de gênero no trabalho é necessário reconhecer a dimensão coletiva do problema (a condição de mãe e lactante não são problemas privados da mulher) e seus impactos nas oportunidades do trabalho, afastando práticas oportunistas de discriminação e violência de gênero, sob a falsa justificativa de que o excesso de proteção prejudica o trabalho do gênero feminino.

A questão de gênero é determinante no mercado de trabalho. De uma forma geral, as mulheres brasileiras ganham, em média, 76% da remuneração masculina, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Mulheres negras recebem ainda menos: 43% dos salários dos homens brancos.

A persistente desigualdade salarial se revela sob a perspectiva da escolaridade. Mulheres com 12 anos ou mais de estudo ganham, em média, 68% do que homens com a mesma escolaridade, segundo apontam pesquisadores na Coordenação de Gênero, Raça e Gerações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea).

A adoção de perspectiva interseccional de gênero nas decisões e ações de organizações é uma medida necessária e contrária à discriminação de gênero. Somente iniciativas proativas de promoção de igualdade de oportunidades e enfrentamento à discriminação para múltiplas mulheres podem conter a disseminação persistente e perpetuação da diferenciação entre os gêneros, em especial no mercado de trabalho.

O medo/receio do efeito rebote de retração nas contratações de gênero feminino, não podem paralisar a adoção de medidas de promoção à inserção e manutenção da mulher no mercado de trabalho em igualdade de oportunidades. Ao contrário, o efeito rebote deve ser previsto e combatido com ações afirmativas.

O princípio da igualdade limita a atuação estatal normativa e de aplicação do direito, assim como limita a autonomia coletiva para a adoção de critérios

discriminatórios arbitrários (princípio da proporcionalidade).

A proibição da discriminação arbitrária requer a associação de medidas específicas, preventivas e repressivas para que possa atingir a almejada igualdade de oportunidades principalmente no trabalho mecanismo de emancipação pessoal no capitalismo.

O caminho da superação de privilégios e desconsideração da hierarquia entre os gêneros requer a adoção da perspectiva de gênero e de interseccionalidade em todos os espaços de decisão, sejam, decisões administrativas, legislativas ou judiciais ou na construção de políticas públicas. O gênero e os fatores de vulnerabilidade devem ser visibilizados e considerados na tomada de decisões e nas ações, sendo tratados como questões coletivas, rompendo com o pacto de silêncio da sociedade em torno da pauta feminista.

As mulheres como grupo discriminado não constituem socialmente uma maioria, no sentido quantitativo do termo (e sim no de acesso aos mecanismos de poder e decisão). Ademais, a diferença em que se baseia a discriminação se apresenta com um caráter "benigno", ou seja, para romper com esta forma de discriminação é preciso romper com papéis e estereótipos assinalados para as mulheres com uma pretensa proteção protetora e diferenciada oriundo de sua "especial natureza", o que também se baseia em características femininas estereotipadas.

Os direitos à maternidade e a amamentação que visam à proteção das mulheres trabalhadoras, não podem servir como fator de discriminação.

De um lado deve-se estimar se a supressão da parte final dos dispositivos impugnados terá o condão de promover uma maior proteção dos valores constitucionais que fundamentam a inconstitucionalidade – isonomia, proteção à família, maternidade, saúde e valores do trabalho – do que a sua manutenção.

De um lado, as normas impugnadas desfavorecem a plena proteção dos interesses constitucionalmente protegidos, na medida em que sujeitam as trabalhadoras a maior embaraço para o exercício de seus direitos. De outro, por tratar-se de medida legal protetiva direcionada ao âmbito privado, é preciso avaliar se o agente empregador, mais suscetível a incentivos econômicos poderia contornar a determinação legal com uma resposta ainda mais discriminadora.

Quando o empregador arca sozinho com os custos financeiros do afastamento da empregada ou do adicional de insalubridade da trabalhadora gestante/lactante, surge um incentivo perverso para a preterição de trabalhadoras mulheres ou redução de

seu salário efetivo, transferindo o custo social à mulher. A desoneração não visa a beneficiar o empregador, mas a combater à desigualdade de gênero no mercado de trabalho.

A hipótese de reversão prática da proteção da mulher no mercado de trabalho, ainda que bastante plausível, parecer ser rechaçada pelo desenho normativo que atribui às custas do afastamento incondicional à solidariedade de social. Ao repartir socialmente os custos de se impedir a exposição a fatores de risco que, por discriminação, incorreriam à trabalhadora para, além de proporcional, o artigo 394-A da CLT concretiza o princípio da solidariedade social.

Logo, não há que se falar em ônus excessivo ao empregador pois a lei impugnada afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada gestante ou lactante afastada de suas atividades ou deslocada para atividade salubre, ao estabelecer no § 2º do art. 394-A, que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no artigo 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço.

Diante da impossibilidade de realocação da empregada em local salubre, o § 3º do art. 394-A da lei determina que a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção do salário-maternidade, nos termos da Lei 8.213/1991, durante todo o período de afastamento.

Como esclarecem MAURÍCIO GODINHO DELGADO E GABRIELA NEVES DELGADO:

"naturalmente que esse salário-maternidade, mesmo sendo pago à empregada afastada da folha salarial mensal da empresa empregadora, ficará sob ônus efetivo do INSS, mediante a compensação mensal desse custo, pelo empregador, no conjunto dos recolhimentos previdenciários feitos mensalmente pela empresa". (A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.

A noção dominante hoje é de que não há necessidade de uma proteção exarcebada, ou seja, é preciso cautela para que esta não resulte em uma discriminação em si, na medida em que ressalte excessivamente as distinções que existem entre mulheres e homens. Impõe-se, como bem sugere Mônica Sette Lopes (2001), a abordagem sobre o prisma não mais de uma proteção tópica da mulher, ressaltando as diferenças, mas da garantia da igualdade de oportunidades e de tratamento.

Os empregadores, por sua vez, cientes da instabilidade do emprego das mulheres também as excluem dos programas de formação ou aprendizagem que as capacitariam para trabalhos qualificados, de maior responsabilidade. Com o passar dos anos, afirma-se que a produtividade da mão-de-obra feminina é menor do que a dos homens, daí a diferença salarial. A aquisição de maior "capital humano" também poderá ser melhorada. Ainda são muitas as mulheres que deixam o trabalho. Enquanto os filhos são pequenos, esquecendo-se, até certo ponto, da experiência anteriormente adquirida e perdendo direitos que pressupõem antiguidade. Logo, quando retornarem ao trabalho, evidentemente irão receber salários inferiores aos pagos aos homens.

Como bem alerta Alice Monteiro de Barros "essa situação poder-se-ia reverter se a mulher estivesse mais preparada para uma maternidade responsável, através do planejamento familiar e se os países contassem com uma infra-estrutura social capaz de proporcionar-lhe maior disponibilidade de berçários e creches, gratuitas ou com mensalidades acessíveis e próximas aos locais de trabalho, além de pré-escolas com longa duração da jornada escolar. Também um horário mais flexível e maior número de cursos de reciclagem permitiriam às mulheres readquirirem a experiência e a eficiência, quando retornassem ao serviço" (1995, p. 28).

9 A PROTEÇÃO LEGAL À MATERNIDADE E À AMAMENTAÇÃO

A Convenção n. 3 da OIT, de 1919, destaca como preceitos de proteção à maternidade, a serem adotados, os seguintes: a) a licença antes e depois do parto, mediante atestado médico que comprove a gravidez e, se possível, estabeleça a data provável do parto, com a duração de 6 semanas antes e 6 semanas depois do parto, sendo o descanso prévio facultativo e o posterior obrigatório; b) a garantia do emprego consubstanciada na impossibilidade de despedimento concomitantemente com o afastamento para dar à luz e na ineficácia do aviso prévio durante esse mesmo

período; c) a assistência à maternidade, consistente num auxílio econômico destinado a cobrir o acréscimo de despesas supervenientes, nessas ocasiões, a ser pago pelo Poder Público ou pelas instituições previdenciárias de cada país, além de assistência gratuita de médico ou parteira; d) facilidades durante a amamentação do filho, com direito a repouso especiais de meia hora cada vez em cada dia.

As Constituições brasileiras, desde 1914, têm restabelecido como preceito a ser seguido pela legislação trabalhista a proteção à maternidade, garantindo à mulher trabalhadora descanso e remuneração antes e depois do parto. Com exceção da Carta de 1937, esse descanso tem sido exigível não apenas sem prejuízo do salário, mas também do emprego.

A Constituição de 1934 introduziu ainda a instituição de previdência a favor da maternidade. Esse preceito, após ter deixado de constar da Constituição de 1937, retornou nas subsequentes. A Constituição Federal de 1988 prevê no seu artigo 7º, inciso XVIII, licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário e com a duração de 120 (cento e vinte) dias, vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada-gestante, desde a confirmação da gravidez até 05 (cinco) meses após o parto.

Na CLT a matéria é regulamentada nos artigos 391 a 401. O primeiro deles prescreve que o matrimônio e a gravidez não constituem justa causa para o despedimento da mulher; o parágrafo único do artigo 391 impede que regulamentos e contratos de trabalho estabeleçam restrições ao direito da mulher ao seu emprego por motivo de casamento ou de gravidez.

No tocante à dispensa arbitrária ou sem justa causa, como já mencionado, é vedado ao empregador assim proceder. Se ocorrer, ao patrão caberá o pagamento dos salários relativos ao período em que estaria garantida a estabilidade. Logo, se o empregador despede a obreira-gestante, imotivadamente, antes da licença, atrai para si a responsabilidade pelo pagamento de uma indenização substitutiva.

A licença maternidade constitui um dos meios de proteção à mulher trabalhadora que, por motivos biológicos, necessita do descanso a fim de recuperar o desgaste físico-mental proveniente da gravidez e do parto.

A assistência ao filho recém-nascido também constitui uma das finalidades da concessão do direito da empregada-parturiente ao afastamento temporário do serviço. O amparo à maternidade possui caráter social. Como célula mater da sociedade, a família em que ser preservada e, para isso, é necessário que a mãe esteja integralmente disponível para os cuidados indispensáveis ao filho, nos primeiros meses de vida, sobretudo para o aleitamento materno, tão incentivados pelos especialistas.

Foi através da Lei n. 6.136, de 07.11.74 (DOU 08.11.74), que se transferiu o ônus do pagamento do salário-maternidade à Previdência Social. O fato, pois, de constituir esse benefício uma licença remunerada pelo INSS, contribui para que a mulher não seja discriminada no ato da contratação, uma vez que o patrão obtém uma compensação, por ocasião do recolhimento das contribuições sobre as folhas de pagamento.

Quanto ao direito à amamentação, a legislação trabalhista concede à nutriz o direito de dois descansos especiais de meia hora cada um, para amamentar o filho, até que ele complete 6 (seis) meses. Esse período poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente, se assim o exigir a saúde do filho (parágrafo único do art. 396 da CLT).

Para que este direito ao descanso para amamentação do filho seja realmente respeitado, as empresas que possuam pelo menos 30 empregadas maiores de 16 anos são obrigadas a manter creches onde os filhos delas possam permanecer seguros e assistidos durante o tempo em que devam ser alimentados com o leite materno (§ 1º do art. 389 da CLT). Isso, para facilitar que a mãe amamente o filho mesmo durante a jornada de trabalho e sem prejuízo desta, ficando ao mesmo tempo despreocupada com relação à sua guarda enquanto desempenha suas funções. A empresa pode também celebrar convênios com outras entidades públicas ou privadas que mantenham creches nas proximidades do local de trabalho em condições de serem utilizadas (§ 2º do art. 389 da CLT). Esses locais, para que possam atender à sua finalidade devem estar equipados com "...berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária" (art. 400 da CLT).

Quanto ao gozo de intervalo para amamentação, dispõe o art. 396 da CLT:

"Art. 396. Para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um. Parágrafo único. Quando exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente."

Mostra o artigo um intervalo especial criado pelo legislador, destinado à amamentação do filho recém-nascido, notando-se que a norma é – acima de tudo – em favor da criança. É evidente que esses intervalos devem se mostrar em cada um dos turnos de

trabalho, no horário em que for recomendável a amamentação e também não pode haver a soma dos dois intervalos para um único momento contínuo (30 min. + 30 min. = uma hora). A lei visou às necessidades do lactente.

Ainda é de se questionar sobre quem pode dilatar o referido período de 6 (seis) meses, já que até o sexto mês de vida da criança a mãe-empregada pode se afastar as duas meias horas. Não cremos que seja o médico da empresa quem irá autorizar, principalmente porque o atestado não é em razão de qualquer interesse da empregada, mas da criança. Esta não está vinculada à empresa de nenhuma maneira. Valentim Carrion (Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174) disse que "A autoridade competente é o médico oficial", concordando, pois, com Russomano (Comentários à Consolidação da Leis do Trabalho, 6ª edição, v. II, p. 590) quando este afirma que:

"...é preciso que se constate pela perícia a patente necessidade dessa prorrogação. E isto, é natural, só poderá ser apurado por médico. Mais ainda: por evidente analogia, por um médico oficial, que expedirá o atestado (arts. 392 e 395). Será tal atestado exibido à autoridade administrativa, à qual cabe a fiscalização das disposições desta Seção, na forma do art. 401. É a esta autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, em face do prévio pronunciamento do médico em exercício de função pública que competirá conceder a prorrogação aludida".

O direito à indenização por dano existencial tem sido reconhecido não apenas pela submissão do trabalhador a uma condição contínua de sobrejornada excessiva a prejudicar o tempo disponível para o convívio familiar, mas também nas hipóteses de desrespeito ao intervalo para amamentação previsto no art. 396 da CLT, aqui com destaque ao precioso julgado neste sentido da lavra do eminente Ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, que ora transcrevemos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL À MULHER ENQUANTO MÃE. PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA COMO DIREITO

SOCIAL FUNDAMENTAL (ARTIGO 6º, CF), NÃO CONCESSÃO DO INTERVALO PREVISTO NO ARTIGO 396 DA CLT. SUJEIÇÃO A CARGAS HORÁRIAS EXTENSAS. OBRIGATORIEDADE DE AFASTAMENTO EM CURSOS. PRIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural – que se faz de maneira geral, considerando o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego. O direito a indenização por dano moral encontra amparo no art. 186, Código Civil, c/c art. 5º, X da CF, bem como dos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana e da valorização do trabalho humano (art. 1º, da CR/88). Ora, a higidez física, mental e emocional do ser humano são bens fundamentais de sua vida privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nessa medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição Federal (artigo 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Carta Magna. Na hipótese dos autos, foi consignado pelo Tribunal Regional que a não concessão dos intervalos

previstos no art. 396 da CLT, bem como a sujeição da trabalhadora a extensa carga horária e a obrigatoriedade de afastamento do lar, por cinco ou seis dias, para participação de um evento da empregadora, violaram regras de proteção de trabalho da mulher e da maternidade, com reflexos em direitos de personalidade da trabalhadora, surgindo o direito de reparação. Houve, portanto, ofensa à dignidade da Reclamante, configurada na situação fática descrita nos autos de que foi privada do direito de amamentar os seus filhos, caracterizando o dano moral passível de reparação. Neste contexto, pontue-se que o direito à indenização por dano moral também encontra amparo em toda a normatização constitucional voltada para a proteção da maternidade (arts. 6º e 7º, XVIII), da família (art 226), da criança e do adolescente (227) e em todos os demais dispositivos dirigidos à proteção da saúde pública. O valor arbitrado a título de indenização por danos morais (R\$ 15.000,00) pautou-se em parâmetros razoáveis, como a intensidade do sofrimento, a gravidade da lesão, o grau de culpa do ofensor e a sua condição econômica, o não enriquecimento indevido da vítima e o caráter pedagógico da medida. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR- 831-092010.5.04.0019, 3ª Turma. Relator Ministro Maurício Godinho Delgado, DEJT 28/09/2012).

Assim, resta evidente interseccionalidade existente entre a proteção ao valor trabalho e a proteção à infância, o que bem demonstra não apenas a pertinência da política judiciária delineada pela Resolução 470/2022 do CNJ, mas também torna evidente que todas as pressões voltadas ao esvaziamento do espectro de incidência do princípio tuitivo da CLT acaba por atingir aos trabalhadores mas também as normas de proteção à maternidade, à

paternidade e à convivência familiar garantidas pelos artigos 6º e 11º da CF/88.

10 PROPOSTAS PARA A MODIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO – CRECHES

A amamentação é vista como parte dos papéis sociais das mulheres e é, atualmente, muito afetado pelas condições de seu trabalho fora de casa. No Brasil, atualmente as trabalhadoras têm direito a quatro meses de licença-maternidade. Quando voltam ao trabalho, a lei prevê dois intervalos por dia, de meia hora cada um, para que elas amamentem o seu filho até que ele complete seis meses de idade. As empresas onde trabalham pelo menos 30 mulheres com 16 anos de idade ou mais devem prover um local apropriado para o cuidado dos filhos das trabalhadoras que estão sendo amamentados no próprio local de trabalho ou através de um acordo com uma creche. No entanto, a maioria das mulheres trabalhadoras não conseguem manter o aleitamento materno depois de voltar a trabalhar, principalmente pela distância entre o local de trabalho e a creche com a qual o empregador tem convênio. Em uma pesquisa realizada na UNICAMP, pelo Centro de Pesquisas de Doenças Materno-Infantis de Campinas – CEMI CAMP sobre “Fatores associados à prática da amamentação exclusiva entre mulheres trabalhadoras” restou evidenciado que “mesmo que houvesse o forte desejo e determinação das mulheres amamentarem, sem a existência da creche e do apoio institucional no local de trabalho, as mulheres não teriam mantido o aleitamento após a licença-maternidade.”

Algumas pesquisas, com altas executivas, revelam que algumas mulheres andaram abrindo mão da licença-maternidade em razão do trabalho. Muitas anteciparam espontaneamente a volta. A pesquisa demonstra que, na maioria das vezes, a mulher se submete à estratégia por receio de perder espaço na empresa ou de ficar desatualizada. Em entrevista concedida à Revista Isto É, em 19.06.2002, sob o título “Mulheres no limite”, a advogada, escritora e feminista Rosiska Darcy de Oliveira respondeu que o ato de algumas mulheres abrirem mão da licença maternidade em razão do trabalho era “um absurdo, além de uma enorme falta de solidariedade. Primeiro porque é uma violência com elas mesmas. Afinal, se a mulher decide ter filhos, há de ser para criá-los. Segundo, porque a licença-maternidade foi uma das maiores conquistas das mulheres. Foi a primeira vez que houve um reconhecimento público de que as mulheres são diferentes dos homens, mas têm direitos iguais. Quando a mulher renuncia à licença-maternidade, está levando ao extremo o faz-de-conta de que não é mulher.”

Os movimentos feministas devem lutar para que se inclua a recomendação de 4 meses ou 120 dias

de licença maternidade na Convenção n. 103, de 1952 da OIT pois as Convenções da OIT são cruciais porque muitos países, mesmo que não sejam signatários das convenções, as consideram como uma base para sua própria legislação.

Ademais, existe uma tendência dentro da OIT de não ampliar as conquistas das mulheres, determinando, por exemplo, como orientação a licença-maternidade paga de apenas 12 semanas! Menos do que o definido na Constituição brasileira que é de 120 dias, ou seja, 4 meses. Isso significaria praticamente nenhum avanço em 80 anos! Tendo em vista que o problema do pleno exercício do direito à amamentação e ao gozo da licença-maternidade está sendo motivo de discriminação no trabalho, tanto da mulher operária quanto da mulher executiva de alto ou médio escalão e tendo em vista que tal matéria é assunto de política pública e que envolve uma questão que fere a cidadania da mulher brasileira e sendo uma questão de Justiça, formulamos uma proposta para a modificação da legislação trabalhista em favor da mulher visando a alteração dos artigos 389 e 399 da CLT que se referem à implantação de creches.

Sugerimos que seja alterado o artigo 389 e substituído o artigo 399 da Consolidação das Leis do Trabalho, devendo ser encaminhada ao Congresso Nacional tal proposta com as seguintes recomendações:

As campanhas de estímulo ao aleitamento materno devem atuar no sentido de motivar, estimular nas mulheres o desejo de amamentarem, mesmo quando a gravidez seja apenas um projeto, uma possibilidade. Isso pode ser feito através da ênfase acerca dos benefícios da amamentação não só para os bebês mas também para as mães. A preocupação em gerar valores e expectativas positivas em relação ao aleitamento materno deve constituir parte de um processo educativo abrangente ao qual as empresas não podem se furtar.

Focalizando especificamente as mulheres trabalhadoras que persistam no desejo de amamentar após a licença-maternidade, surge um impasse, pois a legislação em vigor não determina que, necessariamente, as empresas em que trabalhem 30 ou mais mulheres com mais de 16 anos de idade devam dispor de creche no local de trabalho, pois a lei permite que as empresas façam convênios com creches situadas em outros locais. Na prática, em qualquer lugar, ou seja, promovendo uma discriminação de forma indireta já que não tendo fácil acesso a essas creches, a mulher trabalhadora se vê impossibilitada de exercer o seu direito à amamentação.

Embora as empresas “cumpram a letra da lei” não cumprem “o espírito da lei”.

Em vista disso, se o próprio Estado e/ou outras instituições têm interesse em fomentar o aleitamento materno no enorme contingente de mulheres

trabalhadoras, devem preocupar-se em criar condições objetivas para que as campanhas de incentivo possam ser bem sucedidas. O artigo 396 da CLT manda conceder à empregada dois descansos especiais de meia hora cada um para amamentar o filho. É o pressuposto no caso, de que a creche se encontra dentro dos muros da empresa. Se, porém, a empresa tiver usado da faculdade contida no § 2º do artigo 389, em sua atual redação, aqueles descansos especiais terão que ser dilatados a fim de permitir que a empregada possa ir à creche distrital amamentar o filho e retornar ao serviço.

Ainda na hipótese de que a empresa não tenha creche, nem tenha celebrado convênio nos termos do atual § 2º do art. 389, deve a empregada fazer jus ao ressarcimento de despesas que fizer devido ao descumprimento da norma legal pelo empregador.

As creches à disposição das empresas mediante convênio devem estar situadas à distância razoável, que a empregada possa percorrer a fim de amamentar o filho.

A nossa proposta é de que sejam suprimidos os §§ 1º e 2º do artigo 389 da CLT e a ele seja acrescido um inciso V, com a seguinte redação:

Art. 389. Toda empresa é obrigada:

V - a instalar, nos estabelecimentos em que trabalhadores pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesesseis) anos de idade, local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação ou prestar tal serviço por meio de creches distritais mantidas, diretamente ou mediante convênios, com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, do SESC, ou de entidades sindicais que, efetivamente, possam prestar tais serviços, sob pena de incorrerem responsabilidade pelo ressarcimento de todas as despesas decorrentes do descumprimento da norma, sem prejuízo das sanções administrativas.

Outra proposta é de que seja substituído o art. 399 da CLT, pois na sua atual redação dispõe que:

"O Ministro do Trabalho conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações."

Qualquer empresa que procure cumprir o "espírito da lei", que protege as trabalhadoras que amamentam, deve promover o contínuo esclarecimento de seus funcionários acerca dessa lei e da maneira como ele deve ser cumprida pela empresa, através de creches próprias e/ou convênios que efetivamente possibilitem à lactante o exercício do seu direito à amamentação e à guarda de seus filhos. Ao contrário, na atual legislação, as empresas são meramente agraciadas pelo Ministro do Trabalho, com diploma de benemerência, aquelas empresas que organizam e mantêm creches e instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência de suas instalações. Há que se atentar que, hodiernamente, não se pode contar com a generosidade de empresas nacionais ou multinacionais, pois, em plena era da globalização, o capital visa apenas ao lucro e não à filantropia.

Na luta pela não discriminação das mulheres no ambiente de trabalho, as empresas têm que ser estimuladas através de incentivos fiscais a cumprirem efetivamente as disposições legais e não apenas premiadas pelo seu cumprimento. Finalmente, para que as empresas e empregadores que usufruem do trabalho feminino não se eximam de cumprir tais disposições legais, nem façam com que a lei se torne letra morta ou não discriminem o trabalho feminino em prol do masculino, entendemos que devem ser concedidos incentivos fiscais similares ao disposto através do Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987, que regulamentou a Lei n. 7.619, de 30 de setembro de 1987 que criou o Vale-transporte. Para tanto, nossa proposta é de que seja substituída a atual redação do artigo 399 da CLT, sugerindo a seguinte redação:

Art. 399. A pessoa jurídica empregadora que mantiver berçário ou creche diretamente ou mediante convênios com instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, poderá deduzir do Imposto sobre a Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre o montante das despesas comprovadamente realizadas no período-base de competência, na

forma em que dispuser Portaria da Secretaria da Receita Federal.

É certo que o direito constitui um importante trunfo na mão das autoridades legislativas e judiciárias, enquanto instrumento de combate às discriminações profissionais contra a mulher. E somente a consideração das diferenças sociais entre os sexos permitirá eliminar a distância existente entre a não-discriminação visada pelos textos e a discriminação ainda vivida em sociedade.

A necessidade da instalação de berçários e creches nas empresas que usufruem de mão-de-obra feminina hoje em dia se impõe cada vez mais, pois a interrupção das carreiras pelas mulheres, em virtude do nascimento de filhos, contribui para agravar o problema da desigualdade entre os sexos, já que, muitas vezes, devido a tais afastamentos, as mulheres perdem a oportunidade de uma progressão funcional. As desigualdades devem ser diminuídas ou extirpadas, razão por que a alteração do artigo 389 e a substituição do artigo 399 da CLT se impõem, pois há que se admitir apenas a existência de discriminações positivas em relação à mulher, como o salário-maternidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, com base no voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.938/DF, cujo objeto é o trabalho de gestantes e lactantes em ambiente insalubre, adota o enfoque da perspectiva de gênero, em conformidade com o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero do Conselho Nacional de Justiça, documento que todos os órgãos do Poder Judiciário foram orientados a observar, nos termos da Recomendação 128, de 15 de fevereiro de 2022 do Conselho Nacional de Justiça.

Como bem pontua Adriana Goulart de Sena Orsini "a identificação da reforma de 2017 como um projeto de desconstrução de direitos sociais, fundado na aceleração do tempo e em urgência construída com base na economia e não no Direito, traz ao intérprete a responsabilidade de uma hermenêutica voltada ao caráter teleológico do direito, e, em especial do Direito do Trabalho."

Ainda afirma a eminente autora: "a compreensão da dignidade do ser humano para os desafios e interpretações que já se fazem presente é

pedra de toque para construção da hermenêutica do Direito do Trabalho que há de ser protetivo ao hipossuficiente na relação de trabalho."¹

Em um rápido "vol d'oiseau" tecemos considerações sobre a proteção da gestante e do nascituro fazendo referência à legislação pertinente bem como as Convenções e Recomendações dos órgãos internacionais como a OIT e a ONU, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW.

Como um exemplo inequívoco de acesso à justiça pela via dos direitos sociais do trabalho, o artigo aborda decisões das Cortes Superiores – Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Alexandre de Moraes e acórdão do Tribunal Superior do Trabalho do Ministro Maurício Godinho Delgado.

Finalmente, sugerimos modificações na legislação sobre as creches para efetivo equilíbrio entre a manutenção do emprego e os cuidados demandados por mãe e nascituro.

Concluimos que a compreensão dos princípios da precaução, do não retrocesso social, da igualdade, da proporcionalidade, da solidariedade e do Direito do Trabalho para o adequado exercício da magistratura na Justiça Especializada do Trabalho é crucial e determinante para a contínua construção de um constitucionalismo humanista e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. *A Mulher e o Direito do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 1995, p. 28.

CARRION, Valentin – *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Ed. Revista dos Tribunais, 1975, p. 174.

CUEVA, Mário de La. *Derecho Mexicano do Trabajo*. Tomo I, 4. ed. Mexico: Ed. Porrúa S.A. 1954

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao Trabalho Digno*. São Paulo: Ltr, 2006 (2 ed: 2015).

DELGADO, Maurício Godinho, e DELGADO, Gabriela Neves, *Constituição da República e Direitos Fundamentais – Dignidade da Pessoa Humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*, São Paulo: Ltr, 2012.

¹ SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. A igualdade de tratamento homem-mulher no direito comunitário europeu. In : ABMCJ em Revista, ano I, n. 1, Ed RTM, 2001.6 ORSINI, Adriana Goulart de Sena, "Respeito fixado na Ordem Constitucional à Dignidade da

Pessoa Humana, à própria vida, ao nascituro e à Criança": O Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. // Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do TST. Ed. Mizuno. 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego – Entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. 2. ed. São Paulo. Ltr, 2015 (1. ed.: 2006).

ECONOMIDES, Kim. Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça: Epistemologia versus Metodologia. *In*: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

LOPES, Mônica Sette. Magistradas brasileiras e sua prática profissional. *In*: ABMCJ em Revista ano I, n. 1, ed. RTM, p. 79.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Comentário ao artigo 226. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar, F; SARLET, Ingo W.; STRECK Lênio L (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 2122).

ORSINI, Adriana Goulart de Sena, "Respeito fixado na Ordem Constitucional à Dignidade da Pessoa Humana, à própria vida, ao nascituro e à Criança": O Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho. *In*: Constitucionalismo Humanista e Social na Jurisprudência do TST. Ed. Mizuno. 2023.

PEIXOTO, Mônica Bernardes. Mulher – valor em construção. Revista da Faculdade Milton Campos, v. 7, 2000.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. Cadernos de Pesquisa, São Paulo. V. 35, n. 124, p. 43-55.

RUSSOMANO, Vítor. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho, 6. ed., v. II, p. 590.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma Revolução Democrática da Justiça. São Paulo: Ed. Cortez, 2007.

SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. A igualdade de tratamento homem-mulher no direito comunitário europeu. ABMCJ em Revista, 1. ed. Belo Horizonte: RTM. 2001.

SENA, Adriana Goulart de; DELGADO, Gabriela Neves; NUNES, Raquel Portugal- (Coord.) Dignidade Humana e Inclusão Social – caminhos para a efetividade do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: Ltr, 2010.

VERUCCI, Florisa. A Mulher no Direito de Família brasileiro-Uma história que não acabou. *In*: Mulher – cinco Séculos de Desenvolvimento na América – Capítulo Brasil, Belo Horizonte: O Lutador, 1999.

YANNOULAS, Sílvia Cristina. Dossiê: políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002, p. 28

O JUIZ DAS GARANTIAS NA VISÃO DO STF: ANÁLISE DO INSTITUTO À LUZ DO JULGAMENTO DAS ADI'S 6.298, 6.299, 6.300 E 6.305



Júlio César Craveiro Devechi¹

O artigo tem por objetivo analisar a atual vigência do instituto do juiz das garantias à luz do julgamento concluído pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito das ADIs n° 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. A relevância do tema está na necessidade de sistematização da leitura legislativa do instituto com a decisão proferida pela Suprema Corte. O caminho metodológico utilizado tem início com apontamentos sobre as razões da existência do juiz das garantias, com base na teoria da dissonância cognitiva, e se encerra com o confronto explicativo entre os dispositivos legais (arts. 3º-A a 3º-F do CPP) e o resultado do julgamento proclamado pelo STF em 24/08/2023.

Palavras-Chave: técnicas decisórias; fatos e argumentação jurídica.

¹ Mestre em Direito Penal Econômico pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Analista Judiciário no Supremo Tribunal Federal (STF).

THE JUDGE OF GUARANTEES IN THE VIEW OF THE STF: ANALYSIS OF THE INSTITUTE IN LIGHT OF THE JUDGMENT IN ADI'S 6.298, 6.299, 6.300 and 6.305.

The article aims to analyze the current validity of the institute of the judge of guarantees in light of the judgment concluded by the Federal Supreme Court within the scope of ADIs n° 6,298, 6,299, 6,300 and 6,305. The relevance of the topic lies in the need to systematize the legislative reading of the institute with the decision handed down by the Supreme Court. The methodological path used begins with notes on the reasons for the existence of the judge of guarantees, based on the theory of cognitive dissonance, and ends with the explanatory confrontation between the legal provisions (arts. 3º-A to 3º-F of the CPP) and the result of the trial proclaimed by the STF on 08/24/2023.

Keywords: decision-making techniques; facts and legal argument.

INTRODUÇÃO

O instituto do "juiz das garantias" foi formalmente introduzido no processo penal brasileiro com o advento da Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"). Aury Lopes Júnior chega a afirmar que "sem dúvida uma das mais importantes inovações da Lei nº 13.964/2019 foi a recepção do instituto – já consagrado há décadas em diversos países e por nós defendido desde 1999 – do juiz das garantias"¹. João Pedro Gebran Neto, Bianca Arenhart e Luís Fernando Marona complementam que "a novidade legal já vinha sendo gestada pelo Parlamento, a partir das propostas de reformas do Código de Processo Penal – Projetos de Lei nº 156/2009 (Senado Federal) e nº 8.045/2010 (Câmara dos Deputados) –, com a criação do juiz das garantias"².

O assim denominado "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019) incluiu ao CPP os artigos 3º-A a 3º-F, definindo o juiz das garantias como o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e salvaguarda dos direitos individuais.

Destacou-se, ainda, de forma expressa, a estrutura acusatória do processo penal, com vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação, bem como sua substituição em relação à atuação probatória do órgão acusador. Sobre o ponto, voltamos a citar Aury Lopes Júnior: "a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade" – grifo original³.

Por três anos e meio, entre janeiro de 2020 e agosto de 2023, a inclusão do instituto do "juiz das garantias" em nosso ordenamento ficou suspensa sine die por força de medida liminar, concedida pelo Ministro Luiz Fux do Supremo Tribunal Federal, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Associação dos Juizes Federais do Brasil (ADI 6.298), Partido Podemos, Partido Cidadania (ADI 6.299), Partido União Brasil (ADI 6.300) e Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (ADI 6.305). Somente em 24/08/2023, houve a conclusão do julgamento conjunto das referidas ações constitucionais, com a proclamação do resultado de sua parcial procedência.

A partir de então, a leitura dos dispositivos legais incluídos no Código de Processo Penal e que tratam do "juiz das garantias" (arts. 3º-A a 3º-F) deve

obrigatoriamente ser conjugada com a interpretação a eles conferida pela Suprema Corte. O objetivo deste trabalho é sistematizar essa leitura, buscando facilitar a compreensão da vigência atual do instituto pelos operadores e estudantes do Direito Processual Penal.

Antes, porém, faremos um breve apanhado teórico sobre as razões da existência do instituto.

1 RAZÃO DE SER DO JUIZ DAS GARANTIAS: DISSONÂNCIA COGNITIVA

A teoria da dissonância cognitiva, desenvolvida pelo psicólogo novaiorquino Leon Festinger⁴ na década de 1950, desempenha papel fundamental na justificação da criação do instituto do juiz das garantias. Essa teoria sugere que as pessoas procuram buscar coerência entre suas crenças, atitudes e comportamentos. Quando ocorre um conflito entre esses elementos, surge a dissonância cognitiva, que gera desconforto psicológico, levando os sujeitos racionais a perquirirem maneiras para reduzi-la.

Segundo Festinger, relações dissonantes ou incompatíveis entre elementos cognitivos originam pressões psicológicas para reduzi-las e para evitar o seu recrudescimento. As manifestações da operação dessas pressões incluem mudanças de comportamento, de cognição e de exposição circunspecta do indivíduo a novas informações e a novas opiniões⁵. Para ele, o indivíduo se esforça em realizar um "estado de coerência consigo mesmo"⁶, de modo que "a dissonância atua da mesma forma que um estado de impulso, necessidade ou tensão (...). Semelhante à ação de um impulso, também quanto maior for a dissonância maior será a intensidade da ação para reduzi-la e maior a evitação de situações que a aumentariam⁷". Assim, "[u]ma pessoa expor-se-ia a fontes de informação que, segundo ela espera, adicionariam novos elementos capazes de aumentar a consonância, mas certamente evitaria as fontes que aumentassem a dissonância"⁸.

Após a tomada de uma decisão pelo indivíduo (processo pós-decisório), a teoria da dissonância encontra relevo ainda maior. Em seus estudos, Festinger detectou que, uma vez tomada uma decisão, há o desencadeamento psicológico de processos cognitivos que tendem a estabilizar a postura decisória, chamados de efeito de congelamento da decisão ou efeito de apego à decisão. Dessa forma, "[a] alternativa

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 141.

² GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Geórgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. Comentários ao novo inquérito policial. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 23.

³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 104.

⁴ FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

⁵ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 36.

⁶ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 11.

⁷ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 25.

⁸ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 35.

escolhida parecerá muito mais atraente, e a alternativa rejeitada começará a parecer menos atraente do que tinha sido⁹. Os métodos de redução da dissonância pós-decisão foram identificados como: (i) mudança ou revogação da decisão; (ii) mudança da atratividade das alternativas envolvidas na escolha; e (iii) estabelecimento e sobreposição cognitiva entre as alternativas envolvidas na escolha¹⁰.

Pelos dados analisados por Festinger:

1. Após uma decisão, registra-se uma busca ativa de informações que produzam uma cognição consonante com a ação empreendida.
2. Após uma decisão, registra-se um aumento de confiança na decisão ou um aumento da discrepância em atratividade entre as alternativas envolvidas na escolha, ou ambas as coisas. Cada um reflete a redução bem-sucedida da dissonância.
3. A redução bem-sucedida da dissonância pós-decisão manifesta-se também na dificuldade em inverter uma decisão, uma vez que esta tenha sido tomada, e na implicação que a cognição mudada tem para a futura ação relevante.
4. Os efeitos acima indicados variam diretamente com a magnitude da dissonância criada pela decisão¹¹.

Outro processo psicológico interessante se verifica quando a pessoa, após a tomada de uma decisão, é exposta a novas informações capazes de aumentar a dissonância. Nessa ocasião, "além dos procedimentos usuais por cujo intermédio ela poderá reduzir a dissonância, existem também processos defensivos que rapidamente se estabelecem para impedir que a nova cognição se consolide de forma irrevogável¹²". Em resumo, um dos principais aspectos da redução da dissonância cognitiva encontra guarida na obtenção de novas cognições que estejam em consonância com a cognição pré-existente e a evitação de novas cognições capazes de refutá-la ou com ela entrar em conflito¹³.

No contexto do sistema de justiça criminal, a criação do instituto do juiz das garantias é uma

tentativa de mitigar o desconforto cognitivo identificado por Festinger, uma vez que ele teria a capacidade de afetar negativamente a garantia e a salvaguarda dos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos às diferentes etapas de uma persecução penal.

Antes da mudança legislativa oportunizada pelo "Pacote Anticrime" (Lei nº 13.964/2019), o mesmo juiz responsável pela supervisão da fase investigativa também era responsável pela instrução e julgamento do caso penal. Essa identidade de papéis representaria uma situação de conflito de interesses, pois o magistrado — já familiarizado com as provas e com o andamento da investigação — poderia criar uma visão preconcebida sobre os fatos (decisão antecedente), tornando difícil garantir um julgamento imparcial e justo a posteriori. Corria-se o risco de o juiz, ao julgar a ação penal, manter a tendência defendida pela teoria da dissonância cognitiva, qual seja, buscar conforto psicológico, por meio de vieses de confirmação, na condenação de um indivíduo anteriormente investigado sob a sua supervisão. Sobre o tema, Alexandre Morais da Rosa compreende:

[a] inserção do Juiz das Garantias promove a cisão entre as fases processuais, interrompendo o fluxo cognitivo contaminado, pela criação de ponto de virada cognitiva, não assimilado por setores da magistratura acostumados ao "gambito do livre convencimento", do "excesso de confiança" e da mentalidade autoritária. A originalidade cognitiva efetiva o julgamento no "presente", sem a "poluição" do "viés confirmatório" tendencialmente operante em face das decisões antecedentes¹⁴.

⁹ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 38.

¹⁰ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 46.

¹¹ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 80-81.

¹² FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 127.

¹³ FESTINGER, Leon. Op. cit. p. 159.

¹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais Editora, 2021. p. 127.

A criação do juiz das garantias, portanto, procura reduzir o possível desconforto identificado na teoria da dissonância cognitiva, separando as funções do magistrado que supervisiona a fase investigativa daquele que efetivamente instrui e julga a ação penal. A divisão de papéis faz com que o juiz das garantias fique responsável apenas pela proteção dos direitos fundamentais do investigado na fase de inquérito ou investigação, permitindo que magistrado distinto (o da instrução) mantenha sua imparcialidade e avalie o caso penal com base nas evidências apresentadas nos autos, sem compromisso cognitivo prévio com a busca por qualquer conforto psicológico durante a etapa de julgamento.

2 ATUAL REGRAMENTO DO JUIZ DAS GARANTIAS: PERSPECTIVA DO STF

Após a proclamação do resultado de parcial procedência das ADIs nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em 24/08/2023, o instituto do juiz das garantias ganhou roupagem diferente da idealizada pela Lei nº 13.964/2019 ("Pacote Anticrime").

De partida, o artigo 3º-A do CPP, que estabelece "[o] processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação", recebeu interpretação conforme à Constituição. Segundo os Ministros, o juiz, pontualmente e nos limites legalmente autorizados, pode determinar a realização de diligências suplementares, para o fim de dirimir dúvida sobre questão relevante para o julgamento do mérito. Sendo assim, afastou-se a ideia de proibição completa de atuação probatória do juiz, antes pretendida pela legislação, para vedar, apenas, o seu protagonismo nas fases de investigação e instrução. Essa vedação, aliás, já vinha sendo reconhecida em precedentes do Supremo Tribunal Federal, por exemplo:

(...) 7. Demonstrado, no caso dos autos, iniciativa e protagonismo exercido pelo Juízo singular na inquirição das testemunhas de acusação e verificado que foram esses elementos considerados na fundamentação do decreto condenatório, forçoso reconhecer a existência de prejuízo ao acusado. 8. O Juízo a quo ao iniciar e questionar

detalhadamente a testemunha de acusação, além de subverter a norma processual do art. 212 do CPP, violando a diretiva legal, exerceu papel que não lhe cabia na dinâmica instrutória da ação penal, comprometendo o *actum trium personarum*, já que a "separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional" é consectário lógico e inafastável do sistema penal acusatório (ADIMC 5.104, Plenário, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 21.5.2014)¹⁵.

O caput do artigo 3º-B, responsável pela criação em si do instituto do juiz das garantias entre nós, foi declarado válido pela Corte Constitucional. Os Ministros, contudo, fixaram o prazo de 12 (doze) meses, contados da publicação da ata do julgamento das ADIs, para que sejam adotadas as medidas legislativas e administrativas necessárias à adequação das diferentes leis de organização judiciária, à efetiva implantação e ao efetivo funcionamento do juiz das garantias em todo o Brasil, tudo nos moldes das diretrizes e sob a supervisão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Esse prazo poderá ser prorrogado uma única vez, por no máximo mais 12 (doze) meses, devendo a justificativa ser apresentada em procedimento próprio junto ao CNJ.

Os incisos IV, VI, VII, VIII e IX do artigo 3º-B também foram reinterpretados pelo Plenário do STF. Em relação aos incisos IV, VIII e IX, determinou-se que todos os atos praticados pelo Ministério Público (MP), como condutor de investigação penal, sejam submetidos a controle judicial (HC nº 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello). Como consequência, fixou-se o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da publicação da ata de julgamento das ADIs, para que os Promotores de Justiça e os Procuradores da República encaminhem, sob pena de nulidade, todos os Procedimentos de Investigação Criminal (PICs), mesmo os que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural e

¹⁵ STF, Segunda Turma, HC nº 202.557, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 03/08/2021.

independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição.

Os incisos VI e VII possuem a seguinte redação original: “[compete ao juiz das garantias:] VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente” e “VII – decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral”. Com a interpretação dada a esses dispositivos pelo STF, a audiência pública e oral a que eles se referem passa a ser “preferencial” e não “obrigatória”, podendo o juiz deixar de realizá-la ou diferenciá-la (adiá-la) em caso de necessidade ou de riscos para o processo.

A reinterpretção é bem-vinda e consentânea com a realidade. A análise de medidas cautelares e de produção antecipada de provas, não raras vezes, impõe o sigilo da diligência para garantir o êxito da persecução penal. O exercício da ampla defesa e do contraditório, nesse contexto, permanecem assegurados, mas de forma diferida (posterior). Portanto, agora, a regra continua sendo a vontade do legislador (de realização de audiência pública e oral para o exercício do contraditório e da ampla defesa), mas a Suprema Corte passou a admitir exceções, justamente para a garantia do processo e de eventuais necessidades do caso concreto.

Sobre o inciso XIV, houve reinterpretção do momento derradeiro de atuação do juiz das garantias. Pela norma, o juiz das garantias deveria receber a denúncia e, somente então, remetê-la ao juiz da instrução. Com a mudança, a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia, ou seja, tão logo apresentada a peça pelo Ministério Público, o magistrado deverá remeter os autos ao juiz da instrução, para que este analise se a receberá ou a rejeitará, nos termos dos artigos 395 e 396 do CPP.

O recebimento da denúncia é o ato judicial que formalmente inicia a Ação Penal e transforma um acusado em réu. Desse modo, se a intenção é evitar a contaminação cognitiva dos magistrados em relação às fases de investigação e de instrução processual, revela-se tecnicamente mais adequada a releitura realizada pela Suprema Corte, encerrando-se a competência do juiz das garantias já com o oferecimento da denúncia. A análise da pertinência ou não de se dar início à Ação Penal será formalizada por juiz distinto (o da instrução), não contaminado pela supervisão da fase administrativa, isto é, sem o compromisso cognitivo de receber a denúncia apenas para satisfazer um potencial conforto psicológico, atrelado à ideia de evitação da dissonância cognitiva.

Os §§ 1º e 2º do artigo 3º-B também foram reinterpretados pelos Ministros. O § 1º dispõe: “[o] preso

em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência”. A rigidez do dispositivo foi relativizada para admitir a dilação do prazo de 24 (vinte e quatro) horas em caso de impossibilidade fática e autorizar o emprego excepcional da videoconferência na audiência de custódia, desde que este meio se revele apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos.

Pelo § 2º do artigo 3º-B, o juiz das garantias apenas poderá prorrogar o inquérito policial uma única vez quando o investigado estiver preso. Além disso, disciplina que o encerramento do prazo de prorrogação, sem a conclusão das investigações, implica o imediato relaxamento da prisão cautelar. Aqui, novamente, houve a flexibilização da previsão legislativa. Segundo o STF, (i) o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; e (ii) a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram, nos termos da ADI nº 6.581.

A releitura dos §§ 1º e 2º, mais uma vez, procura aproximar os dispositivos legais da realidade processual penal. As investigações possuem particularidades e níveis de complexidade distintos, não se podendo dispensar tratamento igualitário e inflexível a todas elas. Desse modo, é bem-vinda a reinterpretção realizada pelo Supremo Tribunal Federal, para retirar a rigidez da lei e evitar potenciais alegações de nulidade em relação a investigações que demandam maior tempo de análise dos órgãos da persecução penal para a sua conclusão satisfatória.

A exceção à competência do juiz das garantias, estabelecida no caput do artigo 3º-C, sofreu alargamento com o julgamento das ações constitucionais. Antes, apenas os crimes de menor potencial ofensivo escapavam de sua jurisdição. Agora, também não se aplicam as normas relativas ao instituto aos (i) processos de competência originária dos tribunais superiores, regidos pela Lei nº 8.038/1990 (STF e STJ), (ii) processos da competência do tribunal do júri, (iii) casos de violência doméstica e familiar e (iv) infrações penais de menor potencial ofensivo.

Para manter a organização sistemática da lei, foi declarada a inconstitucionalidade da expressão “recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”, contida na segunda parte do caput do referido artigo 3º-C, com atribuição de interpretação conforme, para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia. Da

mesma forma, foi declarada a inconstitucionalidade do termo "Recebida", contido no § 1º do artigo 3º-C, com atribuição de interpretação conforme, para reforçar que, após o oferecimento da denúncia ou queixa, as questões pendentes devem ser decididas pelo juiz da instrução e julgamento. Com o mesmo objetivo, o termo "recebimento", presente no § 2º do artigo 3º-C, foi reinterpretado e deve ser lido como "oferecimento".

Os §§ 3º e 4º do artigo 3º-C apresentam a seguinte redação:

Art. 3º-C, § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.

Art. 3º-C, § 4º Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias.

Em relação a esses parágrafos, houve a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto e atribuição de interpretação conforme, para fixar o entendimento de que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento. O novo fluxo de trâmite dos autos processuais na sistemática do juiz das garantias, portanto, é o seguinte:

Fase de Instrução (autos com juiz das garantias)



Oferecimento da Denúncia ou Queixa



Remessa dos autos ao juiz da instrução

O Supremo Tribunal Federal, ademais, declarou inconstitucionais e retirou do ordenamento jurídico o caput e o parágrafo único do artigo 3º-D, que previam, respectivamente: "[o] juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código ficará impedido de funcionar no processo" e "[n]as comarcas em que funcionar apenas um juiz, os tribunais criarão um sistema de

rodízio de magistrados, a fim de atender às disposições deste Capítulo".

Quanto ao parágrafo único, compreendeu-se que houve invasão legislativa na esfera de organização judiciária, não competindo à lei de iniciativa do Poder Executivo ou do Poder Legislativo impor ao Poder Judiciário um sistema de rodízio de juízes. Sobre o caput, compreendemos que o afastamento do dispositivo é de ordem pragmática, pois a eventual escassez de juízes em determinada localidade inviabilizaria por completo as substituições de um magistrado por outro em afastamentos, licenças e férias. Vamos supor que o magistrado "A" seja o juiz das garantias do processo "Y". Caso o juiz "B" substituísse o juiz "A" em suas férias regulamentares, o juiz "B" não poderia posteriormente figurar como o magistrado de instrução e julgamento do processo "Y", situação que causaria sérios tumultos em tribunais, comarcas e subseções de menor envergadura e com número reduzido de julgadores.

Seguindo a mesma toada, o artigo 3º-E recebeu interpretação conforme à Constituição. Ao invés da expressão "designado", assentou-se que o juiz das garantias será "investido" conforme as normas de organização judiciária da União, dos Estados e do Distrito Federal, observando critérios objetivos a serem periodicamente divulgados pelos tribunais.

O caput do artigo 3º-F foi validado pela Suprema Corte. Destarte, é constitucional a previsão legislativa que estabelece: "[o] juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal".

O parágrafo único, contudo, foi reinterpretado, assentando-se que a divulgação de informações sobre a realização da prisão e a identidade do preso pelas autoridades policiais, Ministério Público e magistratura deve assegurar a efetividade da persecução penal, o direito à informação e a dignidade da pessoa submetida à prisão. Buscou-se, aqui, identificar quem eram as tais autoridades genericamente referidas na norma.

Digno de nota que a ata de julgamento das ADIs foi publicada em 1º de setembro de 2023. A partir dessa data, começam a correr os prazos fixados pelo STF para a efetiva implementação do juiz das garantias e para a remessa dos autos de Procedimentos Investigatórios Criminais pelos membros do Ministério Público ao Poder Judiciário. Importante ressaltar, por derradeiro, que os Ministros definiram, à unanimidade de votos, a seguinte regra de transição: "quanto às ações penais já instauradas no momento da efetiva implementação do juiz das garantias pelos tribunais, a eficácia da lei não acarretará qualquer modificação do juízo competente"

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto do "juiz das garantias" representa uma importante inovação no sistema de justiça criminal brasileiro. Sua introdução em nosso ordenamento se deu por meio da edição da Lei nº 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime". Essa mudança trouxe consigo a intenção de mitigar a dissonância cognitiva que poderia ocorrer quando um mesmo juiz supervisionava a fase de investigação e as fases de instrução e julgamento.

Após um longo período de suspensão liminar pelo Supremo Tribunal Federal, o instituto finalmente entrou em vigor no segundo semestre de 2023, com a conclusão do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 em 24/08/2023. Nesse novo cenário, algumas reinterpretações foram realizadas pela Suprema Corte, o que ajustou as nuances do instituto em relação ao que estava originalmente previsto em lei.

O entendimento do STF permitiu ao juiz desempenhar papéis instrutórios suplementares e pontuais, desde que não exerça o protagonismo nessa fase e que limite a sua atuação às hipóteses de saneamento de dúvidas sobre questões relevantes para o julgamento do mérito. Além disso, a audiência pública e oral, antes considerada obrigatória para o exercício do contraditório e da ampla defesa em questões vinculadas a medidas cautelares e à produção antecipada de provas, passou a ser preferencial, podendo, inclusive, ser dispensada ou adiada para resguardar a eficácia da persecução penal.

A competência do juiz das garantias, agora, cessa com o oferecimento da denúncia, evitando que ele mantenha uma supervisão prolongada sobre o processo e reduzindo a chance de influência cognitiva na etapa inaugural da Ação Penal. Também foram flexibilizados os prazos relacionados à audiência de custódia e à prorrogação do inquérito envolvendo investigados presos.

Novas exceções à competência do juiz das garantias foram estabelecidas, como nos casos de violência doméstica e familiar, nos processos de competência originária dos tribunais superiores, na competência do tribunal do júri e nas infrações penais de menor potencial ofensivo.

As reinterpretações dadas pelo STF, obviamente, não estão isentas de críticas, mas, em regra, têm por objetivo equilibrar a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos com a eficiência da justiça penal, adaptando os comandos legais inseridos no CPP às necessidades práticas do sistema.

Em suma, o instituto do juiz das garantias representa uma tentativa de aprimorar o sistema de justiça criminal brasileiro, promovendo maior

imparcialidade e proteção dos direitos individuais, enquanto se ajusta às complexidades e desafios próprios da persecução penal. A implementação efetiva desse instituto requer ações legislativas e administrativas para garantir sua efetivação em todo o país em, no máximo, 24 (vinte e quatro) meses. E esse prazo, aliás, já está em curso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FESTINGER, Leon. Teoria da dissonância cognitiva. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

GEBRAN NETO, João Pedro; ARENHART, Bianca Geórgia Cruz; MARONA, Luís Fernando Gomes. Comentários ao novo inquérito policial. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais Editora, 2021.

O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC: FATOR DESENVOLVIMENTO E O PERFIL DE SEUS USUÁRIOS – A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA SISTEMÁTICA À LUZ DO PRÍNCÍPIO DO TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO



Ramon de Medeiros Nogueira¹

O trabalho tem por objetivo ampliar o espaço para a discussão e refletir sobre a Organização Mundial do Comércio e seu Sistema de Solução de Controvérsias. A problemática reside em robustecer a sua relevância em um cenário de crise política, social e econômica, bem como de desigual desenvolvimento entre os países. Para melhor consecução dos objetivos a que visa, gerais e específicos, utiliza-se do método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Como conclusão, tem-se a fundamentalidade da Organização do Comércio e do seu Sistema de Solução de Controvérsias a assegurar o funcionamento de um sistema de comércio multilateral equilibrado que permita o desenvolvimento de todos os países e paz social. Em contrapartida, o estudo verifica que a regulamentação adequada do comércio, necessariamente, deve contemplar uma justa medida que considere as

¹ Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor Geral da Escola Judicial do Paraná - EJUD/PR.

particularidades dos países emergentes, dentre os quais, o Brasil, à luz dos princípios do tratamento especial e diferenciado.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio; sistema de solução de controvérsias; usuários; princípio do tratamento especial diferenciado; sistema equilibrado.



Karen Paiva Hippertt²

**THE DISPUTE RESOLUTION SYSTEM OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION:
DEVELOPMENT FACTOR AND THE PROFILE OF ITS USERS – THE NEED FOR
ADEQUACY OF THE SYSTEM IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF SPECIAL AND
DIFFERENTIATED TREATMENT**

² Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Programa de Mestrado e Doutorado no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>.

The work aims to expand the space for discussion and reflection on the World Trade Organization and its Dispute Settlement System. The problem lies in strengthening its relevance in a scenario of political, social and economic crisis, as well as uneven development between countries. In order to better achieve the general and specific objectives it aims at, the logical deductive method is used, combined with the precedents of bibliographic and documentary research.



Adriane Garcel³

In conclusion, the Trade Organization and its Dispute Settlement System are essential to ensure the functioning of a balanced multilateral trading system that allows the development of all countries and social peace. On the other hand, the study verifies that the adequate regulation of trade, necessarily, must contemplate a fair measure

³ Doutoranda no PPGD-UniCuritiba. Mestra em Direito Empresarial e Cidadania pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP; em Direito do Trabalho pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA, e em Ministério Público Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Graduação em Direito pela Universidade TUIUTI do Paraná e em Letras pela Universidade Campos de Andrade. Advogada licenciada da OAB/PR. Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado na UNIFACIAP. Assessora Jurídica-Administrativa da Presidência do TJPR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br.

that considers the particularities of emerging countries, among which, Brazil, in the light of the principles of special and differentiated treatment.

Keywords: World Trade Organization; dispute settlement system; users; principle of special differential treatment; balanced system.

INTRODUÇÃO

A história da humanidade é delineada pela do comércio. Principalmente, nos dias de hoje, é ele quem define os contornos da vida em sociedade assegurando a materialização da liberdade, da felicidade, igualdade, o desenvolvimento social e econômico. Dita, inclusive, de certa forma, os contornos políticos de um Estado.

A medida que o comércio se desenvolve e as relações se complexificam, torna-se necessária uma melhor regulamentação de modo a assegurar o desenvolvimento econômico a todas as nações.

Isso fica claro, em especial, com o fim da 2ª Guerra Mundial, quando os países se reúnem para discutirem medidas a consecução da paz mundial, com criação, por corolário, do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT).

A Organização Mundial do Comércio surge, por fim, em substituição ao GATT, enquanto um organismo multilateral que conta com a participação de 164 países-membros visando o estabelecimento de condições justas ao comércio entre as nações.

Em tempos de pandemia, guerra e transição política, em um cenário de instabilidade econômica, política e social, torna-se premente recobrar-se a origem, importância e papel da Organização Mundial do Comércio, e do seu Sistema de Solução de Controvérsias.

O presente estudo busca, assim, compreender a importância da Organização Mundial do Comércio, no âmbito do comércio internacional, bem como do seu Sistema de Solução de Controvérsias, neste contexto, inclusive, examinando seus principais usuários, o fator desenvolvimento e a sua aplicabilidade à luz dos países menos desenvolvidos.

Para tanto, será feito uso do método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

Para além, o estudo irá se desenvolver em três tópicos para melhor atendimento aos objetivos gerais e específicos os quais visa.

Em um primeiro momento, o comércio internacional será objeto de análise, partindo-se, no tópico seguinte, a investigação acerca da Organização Mundial do Comércio. Por fim, a análise empreendida voltar-se-á a análise do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC.

1 COMÉRCIO INTERNACIONAL

Quanto a história do comércio internacional, Demétrios Magnoli (2012, p. 19) bem contextualiza:

A revolução tecnológica nos transportes terrestres, com as ferrovias e rodovias,

certamente teve impacto profundo na geografia do comércio e, de modo geral, na organização do espaço geográfico. Entretanto, uma revolução similar ocorria nos transportes por água, com o advento dos navios a vapor, no século XIX, e a diesel, no século XX. Nos deslocamentos de cargas a longas distâncias, as vias aquáticas apresentam custos menores que as ferrovias [...]. [...] Os transportes marítimos ganharam forte impulso a partir do século XIX, acompanhando a industrialização europeia, norte-americana e japonesa, e também a expansão imperial das potências. A construção do Canal de Suez, inaugurado em 1869, conectou o Mediterrâneo ao mar Vermelho, reduzindo os fretes entre a Europa e os países das bacias do Índico e do Pacífico. No século XX, o canal tornou-se passagem obrigatória dos petroleiros que percorriam a rota entre a Europa e as áreas produtoras do Golfo Pérsico. [...] O Canal do Panamá, concluído em 1914, conectou os oceanos Atlântico e Pacífico através do istmo centro-americano. Inicialmente, a nova rota facilitou o comércio entre as costas leste e oeste dos Estados Unidos. Depois, tornou-se o elo privilegiado dos fluxos de comércio entre os Estados Unidos e a Europa ocidental, de um lado, e a Ásia oriental, de outro. [...] A navegação oceânica representa, em termos quantitativos, o mais importante modo de transporte de cargas no comércio internacional. No último quarto do século XX, o volume de cargas deslocadas por via marítima aumentou cerca de 100%, alcançando a marca de 5,2 milhões de toneladas anuais. As rotas marítimas integravam as rotas terrestres, que acompanhavam o curso dos

rios navegáveis. [...] No decorrer do tempo, o comércio a longa distância funcionou como fator decisivo na organização do espaço geográfico. As cidades situadas sobre as grandes rotas de intercâmbio distinguiram-se das demais, pois se tornaram focos das atividades de comércio e das atividades financeiras que sustentam as trocas mercantis. Durante a maior parte da história, as cidades que desempenhavam funções de portos marítimos ou fluviais destacaram-se como focos do grande comércio. Essas cidades cresceram mais que as outras, formando as "armaduras urbanas" dos Estados nacionais contemporâneos. O renascimento comercial europeu não decorreu apenas da reabertura do Mediterrâneo, mas também do desenvolvimento tecnológico do transporte marítimo. Entre os séculos XI e XVI, as galeras, grandes e lentas, que usavam como força motriz os músculos dos remadores, foram substituídas por embarcações a vela. As cartas náuticas foram aperfeiçoadas e introduziu-se a bússola. No século XV, com o fechamento da China ao comércio marítimo e a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos, o intercâmbio voltou-se para o Mediterrâneo ocidental, e os comerciantes de Gênova, situada no mar Tirreno, suplantaram os de Veneza, no mar Adriático. O comércio europeu na transição para a Idade Moderna ativou os portos do Mediterrâneo ocidental, como Marselha e Barcelona, e também os dos mares do Norte e Báltico, onde atuavam os comerciantes da Liga Hanseática. Lisboa, o principal elo entre os mares do norte e o mar do sul, tornou-se nessa época um

centro portuário e comercial destacado. As atividades mercantis já respondiam pela maior parte da riqueza do reino de Portugal no século XIV.

Com o liberalismo econômico, globalização e a mundialização do capital as nações modificaram-se intensamente.

A importância do comércio é tamanha que o seu crescimento é assinalado como explicação para a evolução no âmbito não apenas econômico, mas social e político da grande maioria dos países. Conforme destaca Barral (2007, p. 25):

A história do comércio se confunde com a história da evolução humana. Desde tempos imemoriais, pode-se afirmar que o comércio faz parte das relações entre os seres humanos, da mesma forma que os vínculos familiares e as regras de convivência.

Assim sendo, desde os primórdios, a sobrevivência humana condiciona-se ao atendimento de uma série de necessidades básicas que compreendem desde a alimentação, até o vestuário e habitação, em um caráter primário.

Com o desenvolvimento das sociedades, estas tornaram-se progressivas e cada vez mais complexas.

Contemporaneamente, as inúmeras necessidades humanas são abarcadas pelo processo de produção. Conforme explica Jayme de Mariz Maia (2014, p. 5), "A troca, nos dias atuais, ultrapassou as fronteiras, tornando-se o Comércio Internacional", cada vez maior. Do mesmo modo, a economia, atingiu nível internacional.

Diante disto, o capital das empresas transnacionais, muitas vezes, acaba por superar o Produto Interno Bruto das nações, influenciando as regras dos países e teorias econômicas já solidificadas.

É o caso da Apple, empresa de capital aberto que, em 2019, ultrapassou a marca de US\$ 1,88 trilhão em valor de mercado, superando o PIB do Brasil correspondente a US\$ 1,84 trilhão naquele ano (Estadão Conteúdo, 2020).

Os ativos dos bancos, também, superam o PIB do país, somando R\$ 7,4 trilhões, segundo dados do IBGE. Assim, em 2020, "Os cinco maiores bancos brasileiros [...] tinham [...] em mãos recursos equivalentes à toda a economia brasileira" (Estadão Conteúdo, 2020).

No âmbito do comércio internacional, em termos gerais, o que se tem é a especialização dos países em certas atividades, visando uma maior

eficiência produtiva, competitividade e rentabilidade das empresas. Isso, explica José Emanuel Meireles de Souza (2013, p. 6), partindo da premissa de que "NENHUM PAÍS NO MUNDO consegue gerar todos os bens e serviços de que sua população necessita".

Segundo o autor, a formação de blocos econômicos por meio de acordos firmados entre países adjacentes, aumenta o mercado abrangido e, com isso, os fluxos de capitais. A medida que a integração aumenta, a tendência é o abandono, por parte dos países-membro, da produção de determinados produtos menos rentáveis, concentrando-se nos de maior rentabilidade (Souza, 2013, p. 8).

No Brasil, a liberação das barreiras e incrementação do fluxo do comércio internacional ganha atenção a partir da década de 90, quando é dado início a um processo de abertura intensiva.

Em 1950 apenas 7% da produção mundial eram destinados a exportações, já, em 2000, esse número foi para 25%, ou seja, um quarto da produção mundial destinada ao consumo de outros países. Cerca de U\$ 8,6 trilhões, no ano de 2004. Embora significativo, o crescimento ainda está aquém dos padrões mundiais (SOUZA, 2013).

Deste modo, tem-se que o contexto atual é assinalado por uma intensa rede de comércio e investimento que evoluiu de tal forma que passou a estabelecer os delineamentos do contemporâneo cenário internacional.

Adverte José Manuel Meireles de Souza (2013, p. 9), nesta toada, que o desenvolvimento é reflexo do crescimento. O incremento dos ativos e resultados obtidos, refletem diretamente no bem-estar da coletividade e oportunidade de emprego. Isso se confirma, segundo o autor, a partir de uma simples análise do Produto Interno Bruto brasileiro e exportações relacionados aos índices de pobreza e indigência no Brasil (Souza, 2013, p. 10).

A importância do comércio internacional resultaria, justamente, disso. Em contrapartida, a sua regulamentação mostra-se relevante, conforme adverte Demétrio Magnóli (2013, p. 2006), em se considerada a concentração do comércio mundial em três grandes polos, responsáveis por quase 83% das exportações e mais de 85% das importações globais, Europa ocidental, América anglo-saxônica e Ásia/Oceania.

Japão, China e NPIs, por exemplo, segundo o autor, são responsáveis por 84% das exportações e 81% das importações regionais, ao passo que os países em desenvolvimento, são assinalados por desvantagens competitivas, com níveis marginais, neste âmbito (Magnoli, 2013, p. 2006).

Diante deste cenário, a dissolução das fronteiras entre as políticas internas e externas, principalmente, a de comércio externo, tornou essencial uma coordenação multilateral e

internacional das regras que condicionam as condutas, explica Fragas (2019).

Para os países em desenvolvimento, em especial, a existência de um comércio equitativo, com menos barreiras e políticas protecionistas, asseguraria um resultado mais benéfico do que eventual programa de ajuda financeira, conforme aponta estudo realizado pelo Banco Mundial (ESTADO DE SÃO PAULO, 2002).

Em 1995, durante a Rodada Uruguai, do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), criou-se, em decorrência, a Organização Mundial do Comércio (OMC), organização internacional que atua a nível global no âmbito do comércio entre as nações, prevendo regulamentação. Neste sentido, explica Thorstenses, 2003, p. 21:

A criação da OMC, em 1995, foi o resultado de uma negociação marcada por alguns fatores determinantes do atual cenário internacional. Dentre eles, o fim do modelo bipolar das relações internacionais e a sua substituição por um modelo multipolar, a nova reorganização econômica dos países em acordos regionais de comércio, o papel das empresas transnacionais no comércio internacional, o fim das fronteiras entre as políticas internas e de comércio internacional derivado do fenômeno da globalização.

A Organização Mundial do Comércio, será objeto de análise do capítulo que se segue.

2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: ORIGEM, CONCEITO, FINALIDADE E PRINCÍPIOS

Com o esgotamento do modelo mercantilista, calcado no ideário ibérico, ascende o liberalismo político, a democracia e o sistema tripartite de poder.

Em seu livro, "A riqueza das nações", o economista e filósofo social Adam Smith, Pai da Economia Moderna, sedimenta as bases do que viria a ser o liberalismo político e econômico – modelo que romperia com o vigente até então, limitando a intervenção do Estado na seara política, social e econômica.

Daí em diante, o Estado passa a ter o dever negativo – de não agir – para impedir violação ao direito máximo a liberdade e propriedade privada.

A emblemática frase de Adam Smith "*laissez faire, laissez aller, laissez passer, le monde va de lui-même*", "deixai fazer, deixai ir, deixai passar, o mundo vai

por si mesmo", bem exemplifica a ideia do livre comércio defendido à época.

A obra "Princípios de economia política e da tributação", escrita em 1817, por David Ricardo, também, sedimenta as bases do modelo econômico que se firmava, tratando da especialização na produção de produtos mais vantajosos como benéfica a economia dos Estados.

Com o século 19, ascende o socialismo, com duras críticas ao modelo vigente. Economicamente, os apontamentos direcionavam a suposta racionalidade, advertindo às crises cíclicas do modelo capitalista. Sob o ponto de vista filosófico, sublinhava a exploração do homem pelo homem, defendendo, em resumo, uma lógica voltada ao trabalhador, em uma sociedade mais justa e igualitária. O modelo nunca prosperou em se falando em comércio internacional.

O século XX é sinalizado por uma grave crise, simbolizada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque e ascensão dos regimes fascistas, culminando, ao final, com a 2ª Guerra mundial.

A superação da crise se dá por meio da intervenção estatal, equilibrando às falhas de mercado, por meio da teoria econômica desenvolvida por John Maynard Keynes e o plano econômico do New Deal.

Ao final da maior guerra até então existente na história, inicia-se um novo período. Diante do fracasso da Liga das Nações, explica Amaral Junior, tornou-se inevitável a criação de organizações capazes de assegurar a paz e segurança internacionais, além disso, que disciplinassem o comércio de mercadorias.

Acerca do comércio internacional, José Meireles (2009) faz a seguinte reflexão, que se mostra fundamental a título de contextualização:

O que aconteceria a "todas" as empresas do mundo se "todas" crescessem ao mesmo tempo? O espaço não seria capaz de absorver toda a riqueza gerada e as matérias-primas não conseguiriam abastecer toda a demanda pretendida. Em períodos de recessão e também em épocas de abertura de mercados, quando acordos e integrações são negociados a todo momento, o crescimento "exterior" torna-se mais difícil, sendo por meio da redução de despesas e custos – diretos ou indiretos – que as empresas buscam o crescimento e a estabilidade

Somado a isso, bem relacionam Vinícius Santos e Marcelo Fernando Quiroga (2018), que dada a

instabilidade econômica, o período entre guerras foi marcado por políticas comerciais protecionistas e unilaterais, ocasionando quase que um colapso no sistema. Todo esse cenário acabou por desencadear o repensar das bases em que se organizava o comércio internacional.

A origem das organizações internacionais decorre, assim, justamente, da tentativa de gerir os interesses globais, à medida que a internacionalização e dissolução das fronteiras aumenta o nível de interdependência entre os países.

A ONU surge, neste âmbito. Junto dela, diversas outras organizações passam a se multiplicar no cenário regional e internacional, dentre as quais a Organização Mundial do Comércio (OMC).

A origem da OMC, como órgão que regula o comércio global, por intermédio dos países-membros, remonta ao ano de 1995. Nasce, em substituição ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), com a função de gerir regras e acordos comerciais a nível global.

Os países vencedores da guerra se reúnem na Conferência de Bretton Woods visando, a uma, a criação de órgãos internacionais para recuperar a economia mundial, a duas, o reestabelecimento da paz, com prevenção dos conflitos.

A conferência, ocorrida em New Hampshire, durou cerca de três semanas, reunindo mais de 40 nações, com idealização de quatro órgãos, o Fundo Monetário Nacional (FMI); o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD); a Organização Internacional do Comércio (OIC) e a Organização Mundial do Comércio (OMC).

Inobstante, a Organização Internacional do Comércio, sequer foi aprovada. Foi substituída provisoriamente pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), com a realização de oito rodadas: (1) Rodada de Genebra (1947); (2) Rodada de Annecy (1949); (3) Torquay (1951); (4) Genebra (1956); (5) Dillon (1960-1961); (6) Kennedy (1964-1967); (7) Tóquio (1973-1979); (8) Rodada Uruguaí (1986-1994).

Uma das mais importantes, a rodada do Uruguaí, contou com a participação de 123 países e culminou na aprovação da Organização Mundial do Comércio, por meio do Acordo de Marrakech (1994), com a extinção do GATT.

Atualmente, a OMC é organização permanente, com personalidade jurídica própria, pilar do sistema internacional do comércio, sendo formada por 164 países-membros efetivos e 25 observadores, que, juntos, contemplam a maior parte do comércio global.

Acerca da diferenciação entre OMC e GATT, elucida Jayme de Mariz Maia (2014, p. 352):

O GATT era simplesmente um acordo; não era um organismo internacional e, praticamente, teve por objetivo apenas o comércio mundial. A OMC também

tem por objetivo desenvolver o comércio internacional. Entretanto, é mais ampla porque se preocupa com os serviços e direitos de propriedade intelectual. É um órgão permanente e com personalidade jurídica.

Compreende, o Acordo Geral de Tarifas e Comércios, conservando a maioria de seus princípios e estrutura, bem como, os resultantes da Rodada do Uruguai (1994). Além disso, tem por objetivos, destacadamente (Gatt, 1994):

As Partes reconhecem que as suas relações na área do comércio e das atividades econômicas devem ser conduzidas com vistas à melhoria dos padrões de vida, assegurando o pleno emprego e um crescimento amplo e estável do volume de renda real e demanda efetiva, e expandindo a produção e o comércio de bens e serviços, ao mesmo tempo que permitindo o uso ótimo dos recursos naturais de acordo com os objetivos do desenvolvimento sustentável, procurando proteger e preservar o ambiente e reforçar os meios de fazê-lo, de maneira consistente com as suas necessidades nos diversos níveis de desenvolvimento econômico

A Organização Mundial do Comércio, por sua vez, possui personalidade jurídica própria, editando, por meio de seus órgãos, atos unilaterais. Assim, com maior autonomia para resolver os conflitos que eventualmente surjam no âmbito do comércio internacional. Suas funções principais estão descritas no artigo III da carta constitutiva.

Dentre as atividades mais significativas, conforme destaca José Manuel Meireles de Souza (2009, p. 75), estão:

- Redução de tarifas alfandegárias, especialmente nas importações dos países desenvolvidos.
- Abertura de setores protegidos:
- ações nos setores agrícolas, com redução das proteções que recebem os agricultores americanos e europeus;
- ações nos têxteis pelo desaparecimento do Acordo Multifibras, que condicionava a entrada de produtos têxteis procedentes de países menos desenvolvidos.
- Regulamentação e liberalização de serviços.
- Proteção à propriedade intelectual (marcas, patentes e direitos autorais).
- Regulamentação da valorização aduaneira, permitindo que as administrações alfandegárias, em caso de dúvida, solicitem maiores informações aos

importadores, determinando o correto valor para produtos, constante nas faturas, evitando situações de sub ou so-bre-faturamento.

- Regulamentação de medidas sanitárias e fitossanitárias, permitindo que as medidas utilizadas para controlar alimentos, animais e plantas estejam fundamentadas cientificamente, sejam transparentes e não se apliquem com fins protecionistas.
- Disciplinamento das medidas antidumping, contra a importação de produtos em que o preço de exportação seja inferior a seu "valor normal", podendo sua importação causar prejuízos importantes à produção nacional.

Para Jayme de Mariz Maia (2020), são quatro as principais funções da OMC, quais sejam, o estímulo do comércio internacional; a fiscalização do cumprimento de suas normas; "Servir de fórum, quando houver um conflito comercial entre nações"; conferir "[...] assistência aos países em desenvolvimento; "Manter cooperação com outras organizações internacionais"

José Ultemar da Silva (2012, p. 164), por seu turno, destaca a promoção de um "desenvolvimento sustentável no âmbito do comércio internacional" e o apoio aos "[...] países em vias de desenvolvimento" e constituição de "[...] um quadro institucional comum; necessário para a condução das relações comerciais entre os seus membros", destacando, dentre os principais objetivos, a negociação de "[...] áreas comerciais que não faziam parte do GATT", com "a inclusão de novos temas [...]".

Além disso, a Organização Mundial do Comércio tem por princípio base a não discriminação, sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório direcionado aos países membros da OMC.

O princípio tem por corolários os subprincípios da nação mais favorecida e do tratamento nacional.

O primeiro, assegura que a concessão de tratamento favorável a um produto deve estender-se ao mesmo produto produzido por outras nações, ou similares, bem como como veda tratamento diferenciando a membros da OMC.

O segundo, preconiza que o mesmo tratamento aos produtos importados, tem de ser dispensado aos nacionais. Nesta linha, destacam-se os princípios da transparência e concorrência leal, que preveem, àquele,

que a adoção de medidas protecionistas particulares precisa se dar com publicidade, de forma compreensível e clara; esse, a vedação a prática do dumping e concessão de subsídios.

Inobstante, o princípio da reciprocidade assegura a cada país negociador a obtenção de "contrapartidas para aquilo que está disposto a oferecer", impedindo "a adoção de medidas protecionistas particulares e inerentes a um grupo restrito de países". (Silva, 2012, p. 164).

3 O SISTEMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC: O FATOR DESENVOLVIMENTO E O PERFIL DE SEUS USUÁRIOS

Com a estruturação da Organização Mundial do Comércio tornou-se, também, necessária a criação de um sistema de solução de controvérsias, "que fosse capaz de, imparcialmente, aplicar e interpretar regras quando" instaurado "[...] um impasse", atribuindo maior segurança jurídica às decisões do órgão (SILVA; LIMA, 2012).

O sistema de solução de controvérsias da OMC, surge, desta forma, enquanto mecanismo a evitar um maior confronto entre os países.

Trata-se de parte fundamental do sistema multilateral de comércio na regulamentação clara e precisa das regras e procedimentos a serem aplicáveis por intermédio do Entendimento sobre Soluções de Controvérsias (ESC), ou Dispute Settlement Understanding (DSU) – um pilar do sistema multilateral de comércio. Destaca Barral (2007, p. 19):

O ESC consolidou uma visão mais legalista (rule-oriented) das relações comerciais internacionais; ao mesmo tempo, manteve algumas importantes brechas para que as soluções negociadas fossem preferíveis ao litígio entre os Membros da OMC

O ESC engloba todos os acordos da OMC e cria jurisdição compulsória estendida aos seus membros. Isto é, as regras do DSU são aplicáveis de forma vinculativa, em se tratando de demanda que envolvam o âmbito legal da OMC.

Para além, está regulamentado no Anexo 2 do Acordo Constitutivo, no decorrer de 27 artigos e 4 apêndices, seguindo, em parte, o sistema de negociação previsto no GATT.

No caso de regras especiais para solução de conflitos constantes de tratados, o DSU será aplicado subsidiariamente, conforme consta do Acordo Constitutivo.

Em caso de conflito entre as regras dispostas em acordos. Melhor dizendo, quando houver mais de

uma aplicável a solução do caso, caberá às partes acordar quanto à que será aplicável àquele caso em específico. Do contrário, caberá ao painel decidir.

O Órgão de Solução de Controvérsias possui, ainda, responsabilidade administrativa, com autoridade para, conforme explica Camilla Nicodemos (2011):

[...] estabelecer painéis, implementar as decisões dos painéis e do Órgão de Apelação, observar o cumprimento das regras do acordo e das recomendações feitas pelo sistema, autorizar a suspensão de concessões e outras obrigações dos acordos.

No âmbito do ESC, apenas os Estados-membros possuem capacidade postulatória de seus direitos frente a OMC.

Inobstante, o Órgão de Apelação, a partir do caso United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, reconheceu a possibilidade de os painéis e Órgão de Apelação, considerarem os relatórios de entidades privadas em um exercício do poder discricionário.

Inobstante, a sistemática assemelha-se àquela que vinha sendo adotada no âmbito do GATT iniciando-se por intermédio das consultas, que compreenderão negociações diretas entre os membros envolvidos. Melhor dizendo, entre o membro que se julgar prejudicado e àquele apontado como suposto violador das obrigações assumidas multilateralmente. Apenas após o estágio de consulta dos envolvidos, caso inviável a solução, é que se acionará o Órgão de Solução de Controvérsias.

Não obtendo êxito em alcançar uma solução mutuamente aceita, neste âmbito, deverá a parte prejudicada requerer, junto ao Órgão de Solução de Controvérsias, o estabelecimento de grupo de especialistas para análise do caso.

Caberá a OSC deliberar acerca do estabelecimento do painel de especialistas, rejeitar ou aceitar os resultados do painel e implementar as recomendações e autorização de retaliações.

O direito ao estabelecimento de painéis de especialistas, com a obrigatoriedade dos relatórios, é modificação frente a sistemática adotada pelo GATT.

Terão os painelistas prazo de 6 meses para emitir os seus respectivos relatórios, a contar da composição do painel. O prazo não poderá exceder 9 meses.

Para além, seguindo a regra do consenso negativo, ou invertido, apenas pelo consenso é que se poderá anular o relatório, ou impedir a instauração do painel.

Além disso, a criação de um Órgão de Apelação, resulta, segundo Silva e Lima (2012, p. 156), do robustecimento da "estrutura quase judicial em detrimento da debilidade do processo de tomada de decisão de natureza eminentemente e política, reduzindo-se a incidência do controle diplomático em benefício do controle jurídico no âmbito do sistema de solução de controvérsias".

Em sua composição, tem-se, ao todo, sete especialistas que irão atuar, três em cada caso.

O prazo para que apresentem o respectivo parecer, em análise aos fundamentos do relatório em sede de painel e as correlatas decisões, é de 60 dias.

Inexistindo recurso ou consenso quanto a rejeição do relatório, terá ele de ser adotado pelo Órgão de Solução de Controvérsias, em até 60 dias, quando passará a ter natureza de sentença. De outro vértice, na falta de um consenso em contrário da OSC, deverão as partes adotá-lo incondicionalmente.

Iniciada a execução da sentença, o monitoramento da efetivação da decisão do Painel ou do Órgão de Apelação se dará através da imposição da prestação de informações. O país condenado terá o prazo de 30 dias, para tanto, indicando a adoção do relatório ou intenção de implementação em prazo razoável, acaso inviável o imediato cumprimento.

Em caso de negativa, poderá o vencedor solicitar a formação de um grupo especial para avaliar o cumprimento da decisão. O chamado compliance panel será composto por todos àqueles que originariamente analisaram a questão.

Diante do descumprimento, não há a previsão do uso de medidas coercitivas, ou de exclusão dos membros, como medida punitiva, por parte do Órgão de Solução de Controvérsias, mas apenas a autorização para a suspensão de concessões e obrigações conferidas no âmbito dos acordos. Nesta linha, explica Roberto Luiz Silva (p. 162), ao tratar dos objetivos do OSC:

O ESC, no entanto, não prevê o uso da força ou a exclusão de membros por descumprimento da decisão, uma vez que o seu objetivo é o de reforçar a adoção de práticas compatíveis com os acordos negociados e não o de punir pela adoção de práticas consideradas incompatíveis com as regras. Assim sendo, é considerada eficaz toda decisão que leva o país a compatibilizar suas regras com os acordos negociados e não somente àquelas em que os países vencedores obtiveram

permissão para retaliarem os perdedores.

Acerca do perfil dos usuários do sistema de solução e controvérsias, verifica-se a presença de países desenvolvidos em 214 disputas, das 336, sendo que, do total, 7 correspondem a casos mistos, envolvendo, também, países em desenvolvimento. Isso significa que os países desenvolvidos correspondem a 65% dos usuários do sistema da OMC, sendo que, apenas os Estados Unidos, representa 24% das disputas, correspondendo ao maior demandante.

Junto dele estão o Canadá e o Japão, representando, no total, 56,5% de todas as demandas. Isto é, 190 dos 336 casos. Ou melhor, são eles os que mais acionam os mecanismos.

Por sua vez, os percentuais permitem concluir a participação inexpressiva dos países em desenvolvimento.

Para além, o Brasil é considerando um dos países que mais se utiliza do Sistema de Solução de Controvérsias, sendo responsável por 10,4% das controvérsias. Das 35 disputas em que está presente, em 22, é ocupante do polo ativo; e 13, do polo passivo.

Em segundo lugar, com 9,8% das disputas, encontram-se a Índia, seguida do México, Argentina e Chile.

Insta esclarecer, quanto a este ponto, que a OMC divide os países em desenvolvidos, em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

A classificação se dá com base na autodeclaração dos países e, apenas para o último caso, com o Índice de Desenvolvimento Humano.

Em se tratando de país menos desenvolvidos, ou em desenvolvimento, o princípio do tratamento especial e diferenciado assegura que sejam conferidas condições mais benéficas, visando a flexibilização das regras, atendimento dos interesses dos países, ampliação das oportunidades comerciais e, inclusive, assistência técnica.

Conforme explica Saldanha (2012, p. 298 – 299): "um conjunto de normas multilaterais uniformes criadoras de obrigações idênticas a todos os participantes do sistema multilateral de comércio, independente do seu grau de desenvolvimento, traz mais prejuízos que benefícios".

O princípio é verificado, ainda, no próprio mecanismo adotado à solução das controvérsias.

Tem-se, nesta linha, que durante as consultas deverá se considerar o impacto econômico das decisões à serem impostas a estes países, além disso, quanto ao painel, pelo menos, um dos árbitros deverá ter origem em um país desenvolvido ou em desenvolvimento (WTO DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O comércio acompanha a humanidade desde os primórdios, vindo a impulsionar o desenvolvimento humano.

Inobstante, o pós-guerra veio a ensinar, à medida que a fronteira entre os países se dissolve, a necessidade de uma melhor regulamentação do comércio internacional, de sorte a que se assegure o desenvolvimento das nações e, com isso, a paz social.

A Organização Mundial do Comércio surge, neste contexto, em substituição ao GATT e, com ela, um sistema particular voltado à resolução dos conflitos que, por ventura, venham a surgir entre os seus membros.

Com personalidade jurídica própria, torna-se, a OMC, o pilar do sistema internacional do comércio, sendo formada por 164 países-membros efetivos e 25 observadores, que, juntos, contemplam a maior parte do comércio global.

Com ela, torna-se necessário, também, a criação de um sistema próprio, especificamente voltando a solução das controvérsias oriundas do sistema multilateral do comércio, atribuindo maior segurança jurídica às decisões da OMC, ao permitir uma regulamentação clara e precisa quanto a temática,

A regulamentação, por seu turno, não se deve voltar ao formalismo robusto, mas ter em mira a situação dos países emergentes que, aliás, são os que menos se utilizam do sistema de solução de controvérsias da OMC.

O princípio do tratamento especial e diferenciado assegura, propriamente, um tratamento mais benéfico e flexível, visando ao atendimento do interesse dos países, ampliação de oportunidades e assistência técnica.

Em se considerando o cenário global atual, sob o prisma dos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, há que se ter em vista os impactos desiguais que sofrem. A regulamentação adequada do comércio, com equilíbrio da economia mundial e paz entre as nações depende exatamente desta justa medida de equilíbrio entre os maiores usuários do sistema, marcadamente, os países desenvolvidos, e, por sua vez, aqueles que se encontram a margem, considerando às suas particularidades.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Welber Oliveira. O comércio internacional. Belo Horizonte: Del Rey, p. 26, 2007.

BARRAL, Weber (org.). Solução de Controvérsias na Organização Mundial do Comércio. Brasília: Ministério

das Relações Exteriores: Fundação Alexandre Gusmão, 2007.

CAIADO, Arnott Ramos. A importância da qualificação da mão-de-obra no comércio internacional dos estados da região nordeste do Brasil. 2006. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: https://attena.ufpe.br/bitstream/123456789/4521/1/arquivo6120_1.pdf. Acesso em: 17 abr. 2022.

ESTADÃO CONTEÚDO. Avaliada em US\$ 1,88 trilhão, Apple supera o PIB do Brasil. *infomoney.com.br*, 6 ago. 2020, 12:10. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/avaliada-em-us-188-trilhao-apple-supera-o-pib-do-brasil/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GATT. The General Agreement on Tariffs and Trade.1947.

HORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 41, p. 57 – 89, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/HFnpnzPpdGLwxSqNH9GNx4R/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 19 ago. 2022.

MAGNOLI, Demétrios. Comércio exterior e negociações internacionais. Teoria e prática. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAIA, Jayme de Mariz. Economia internacional e comércio exterior. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SALDANHA, Eduardo. Desenvolvimento e Tratamento especial e diferenciado na OMC. *Revista Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 3, n.2, p.297 – 333, jul./dez.2012.

SERAPIÃO JUNIOR, Carlos. Comércio exterior e negócios internacionais: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Ultemar D. Gestão das Relações Econômicas Internacionais e Comércio Exterior. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, Roberto Luiz; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. Desenvolvimento e mercado na sociedade globalizada. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

SOARES, Camilla Nicodemos Inojosa de Andrede. OMC – a efetividade do sistema de solução de controvérsias. 2011. Monografia (Especialização em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília. Brasília, 2011.

SOUZA, José Meireles de. Fundamentos do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

WTO DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS



Letícia Beatriz Chibior Bueno¹, Bruno Smolarek Dias²

O presente trabalho tem como objetivo a revisão de literatura sobre o tema da colisão dos direitos fundamentais. Para tanto, é necessário percorrer alguns conceitos basilares do formato dos direitos fundamentais, adentrando nas diferenças entre regras e princípios explanadas pelo filósofo Ronald Dworkin e pelo jurista alemão Robert Alexy. Ademais, partindo para o estudo de fato da colisão dos direitos fundamentais, é importante o entendimento do mínimo ético existencial trazido pelo Professor Doutor Virgílio Afonso da Silva e do texto sobre princípios, subprincípios e desmembramentos do Professor Doutor José Cretella Júnior. Logo, após o estudo de todos esses aspectos, chega-se então à parte fundamental do direito fundamental, isto é, aquilo que não pode ser renunciado. Contudo, levando-se em consideração que nenhum direito fundamental é absoluto, quando há a colisão deles, aplica-se o teste de proporcionalidade de Robert Alexy, em que há a relação de precedência condicionada dos princípios colididos.

Palavras-Chave: princípios; regras; proporcionalidade.

¹ Técnica Judiciária com função de cumpridora de mandados no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Graduada em Comunicação Social - Publicidade e Propaganda pela Universidade Positivo (2015). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Focus (2022). Cursando Direito pela Unipar (3º ano). Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8460674094135470>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0000-1716-0228>. E-mail: lbchibior@gmail.com.

² Advogado e Professor. Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Mestre em Direito pela PUC-PR. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6666118800770855>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9998-7025>. E-mail: brunosmolarek@gmail.com.

COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

The present work aims to review the literature on the subject of the collision of fundamental rights. To do so, it is necessary to go through some basic concepts of the format of fundamental rights, delving into the differences between rules and principles explained by the philosopher Ronald Dworkin and the German jurist Robert Alexy. Furthermore, starting with the actual study of the collision of fundamental rights, it is important to understand the existential ethical minimum brought by Professor Doctor Virgílio Afonso da Silva and the text on principles, subprinciples and divisions by Professor Doctor José Cretella Júnior. Soon, after studying all these aspects, we arrive at the fundamental part of the fundamental right, that is, what cannot be waived. However, taking into account that no fundamental right is absolute, when there is a collision between them, Robert Alexy's proportionality test is applied, in which there is a relation of conditional precedence of the colliding principles.

Keywords: principles; rules; proportionalit

INTRODUÇÃO

Antes de mais nada, é importante esclarecer algumas distinções terminológicas com relação aos direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais. O primeiro diz respeito aos direitos inerentes ao ser humano, sendo atemporais e não tendo a necessidade de lei para defini-los, a exemplo do direito à vida. O segundo conceito surge quando os direitos naturais passam a ser positivados em declarações de direitos, como a Declaração Francesa de 1789, e, quando em âmbito internacional, formam-se tratados internacionais em que há a aplicação de sanções políticas e econômicas em caso de descumprimento.

Quando se trata de direitos fundamentais, objeto deste estudo, seu nascimento se dá com as constituições, em que cada Estado tem autonomia para reconhecer quais direitos são tão importantes ao ponto de se tornarem fundamentais, como salienta Sarlet:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram, por seu conteúdo e importância, integradas – de modo expresso ou implícito, bem como por força da abertura material do catálogo constitucional (art. 5º, § 2º, CF) – à Constituição formal e/ou material, além de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime jurídico qualificado e reforçado. (Sarlet, 2017).

Esses direitos, como reforça Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013), possuem uma proteção extra contra as maiorias e contra os próprios poderes do Estado, tendo uma dupla fundamentalidade. A primeira delas diz respeito à fundamentalidade formal, ou seja, estão no topo do ordenamento jurídico, possuindo nível hierárquico maior que qualquer outra norma constitucional ou infraconstitucional. Ademais, possuem uma proteção com relação a mudanças no texto constitucional, sendo cláusulas pétreas, bem como vinculam imediatamente entidades públicas e privadas. Para além disso, há também a fundamentalidade material, na qual esses direitos possuem conteúdo determinante para a estrutura e funcionalidade do Estado e da sociedade. Acerca de tal

relevância, Alexy relata a ideia-guia do direito fundamental:

Uma possível perspectiva ou ideia-guia seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples. (Alexy, 2008, pág. 446).

1 FORMATO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após a análise acerca do conceito e fundamentalidade dos direitos fundamentais, passa-se, então, para o estudo sobre seu formato, tendo como base a diferenciação de regras e princípios trazidas por Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Há três teses com relação à diferença entre regras e princípios: a primeira delas é a que defende que a distinção é de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade; a segunda rejeita a possibilidade de qualquer tipo de diferenciação; e a terceira, defendida por Dworkin e Alexy, no qual a separação é qualitativa, isto é, de caráter lógico, quanto à estrutura do direito (Silva, 2003), haja vista que ambos são normas jurídicas.

1.1 RONALD DWORKIN

Para entender a teoria de Ronald Dworkin, é necessário, a priori, compreender o positivismo jurídico. O positivismo jurídico é originado com a escola da exegese, que tem como base o Código de Napoleão em 1804. Esse movimento codificou os direitos naturais na formatação que é conhecida atualmente, passando o direito, então, a ser lei, e não mais costumes. Logo, a lei foi tida como a única fonte do direito e aplicada de forma rígida, tendo supremacia sobre interpretações jurisprudenciais. Dado o método literal de interpretação, ao surgir um conflito ou lacuna na lei, a vontade do legislador era superior a qualquer outro tipo de entendimento e, caso não fosse possível encontrar a solução na legislação, o julgador tinha liberdade para decidir com base na sua concepção pessoal. Abboud, Carnio e Oliveira resumem com maestria a escola da exegese:

O elemento racionalista, que oferece colorido filosófico

escola da exegese, se apresenta no caráter sistemático assumido pela codificação. (...) Em conclusão: - A sistematicidade jusnaturalista-racionalista; - A radical separação entre fato e direito; - A identificação total entre código (estatuto) e direito; - E o dogma da literalidade na interpretação dos artigos dos códigos. Esses são os principais elementos que caracterizam o método da escola da exegese. (Abboud, Carnio, Oliveira, 2015, pág. 389 e 390).

Dworkin critica o entendimento do positivismo jurídico de que o direito é um sistema de regras inflexíveis, visto que não se consegue fundamentar juridicamente decisões em casos complexos e reais nos quais não é possível identificar nenhuma regra jurídica. Consoante o autor, para além das regras, há também os princípios que farão parte do ordenamento jurídico, sendo mais um padrão normativo para a fundamentação dos julgadores.

As regras e os princípios, embora ambos sejam considerados normas jurídicas, possuem conceitos distintos. As regras são espécies normativas estruturadas no "tudo ou nada", isto é, ou são aplicadas de forma completa ou não são utilizadas. Logo, no caso de conflito entre duas regras, elas não poderão ser aplicadas de forma parcial, ou se adota uma ou se adota a outra (Dworkin, 2002, pág. 39).

Por outro lado, a principal característica dos princípios é que eles podem ser flexibilizados, havendo uma prevalência do mais importante diante do contexto fático apresentado. Esse peso diferenciado depende do caso específico, ressaltando-se que o mesmo princípio poderá ter dois pesos diferentes quando em conflito com outro em uma situação real. Desse modo, o princípio que por ora foi posto naquele cenário com menor peso continuará intacto em sua importância como norma jurídica no ordenamento (Dworkin, 2002, p. 57).

1.2 ROBERT ALEXY

A teoria de Robert Alexy é uma reformulação da de Dworkin vista anteriormente. Segundo o autor, para compreender a estrutura dos direitos fundamentais, é imprescindível o estudo da teoria dos princípios, tendo em vista que esses direitos podem ser regras, que são mandamentos definitivos, ou princípios, considerados mandamentos de otimização, sendo de grande importância a distinção entre ambos:

(...) Para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante delas é a distinção entre regras e princípios. Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. (...) A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais. (...) (Alexy, 2008, p. 85).

Tem-se, portanto, que tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas que devem ser aplicadas no caso concreto, contudo há uma distinção quanto à estrutura do direito. As regras são mandamentos definitivos que garantem, impõem, permitem e proíbem direitos e deveres, tendo caráter definitivo. Quando em conflito, é necessário, primeiro, analisar se uma regra não é a exceção de outra e, segundo, observar a validade, resolvendo o conflito pela antinomia, tendo sempre em mente que não há flexibilização de uma regra, devendo ser aplicada na sua integralidade ou não ser utilizada.

Já com relação aos princípios, Alexy os compreende como mandamentos de otimização que podem sofrer diferentes graus de concretização. Baseia-se que, *prima facie*, o direito será aplicado por completo na maior medida possível em relação às situações fáticas e jurídicas e, após isso, analisando o caso concreto, é possível que haja ponderações entre princípios, inclusive restringindo algum em face de outro. Logo, quando há colisão entre princípios,

resolve-se por sopesamento com uma técnica própria criada pelo autor que será vista mais adiante.

2 COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Consoante Moraes, parte-se da premissa de que nenhum direito fundamental é absoluto, ou seja, todos são passíveis de restrições e diferentes graus de efetivação no caso concreto: "os direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas) (Moraes, 2020, p. 30)"

Essa concepção é observada rotineiramente quando um direito fundamental se colide com outro e é necessário que um deles seja levado mais em consideração do que outro, embora ambos tenham sua igual importância, tendo em vista que não há hierarquia entre direitos fundamentais. À vista disso, é notável compreender algumas premissas que devem ser levadas em consideração ao se deparar com esse tipo de colisão.

Logo, é inevitável que os direitos fundamentais se colidam. Essa colisão acontece, segundo Clève e Freire, "(...) quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embarça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência dos direitos envolvidos (Clève E Freire, 2002, p. 30)".

2.1 PRINCÍPIOS E DESMEMBRAMENTOS

Consoante José Cretella Júnior princípio é "uma proposição, oração ou sentença, que se coloca na base das ciências, informando essas mesmas ciências (Cretella, 1977, p. 300)". Esse conceito é bastante vago, podendo ser encaixado em várias áreas do saber. Por isso, há algumas modalidades de princípios, quais sejam, os univalentes, os plurivalentes e os monovalentes.

Os princípios univalentes, também chamados de lógicos ou universais, "informam a própria matriz do pensamento humano e ordenam o próprio raciocínio e sua harmonia consigo mesmo e com a realidade (Cretella, 1977, p. 301)". Podem ser desmembrados em princípio da identidade (toda coisa é igual a si mesma), da não contradição (algo não pode ser ao mesmo tempo justo e não justo), do terceiro excluído (quando duas proposições são opostas, logo, ambas não podem ser falsas) e da razão suficiente (nada existe sem que haja uma razão para isto).

Já os princípios plurivalentes, conhecidos como regionais, englobam determinado grupo de ciências, podendo ser divididos em princípio da causalidade, em que é válido apenas para as ciências

físicas, e princípio da sociabilidade, válido para as ciências sociais.

Por fim, os princípios monovalentes, que são os utilizados nas ciências jurídicas. Os princípios gerais do direito, tão falado no mundo jurídico, são considerados desta categoria. Cretella explana esse conceito com o exemplo da premissa do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece." Esse princípio é monovalente, isto é, é válido para toda a ciência jurídica.

2.2 CONTEÚDO MÍNIMO ESSENCIAL

Virgílio Afonso da Silva, ao escrever acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, tem como ponto de partida a teoria de Robert Alexy e a distinção entre regras e princípios já estudada no capítulo anterior. Para além disso, o autor relata o chamado "conteúdo mínimo essencial", objeto de estudo nesse momento.

Virgílio defende que todo direito fundamental deve ser protegido, mas que não há como negar que esses direitos são restringíveis. Logo, aquele que vai restringi-lo na prática, seja o legislador ou julgador, deve estar envolto em um bom argumento, como pode ser observado a seguir:

O âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível, o que significa dizer que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no "âmbito temático" de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele prima facie protegido. (...). O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial - ou real - restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras - direitos fundamentais são restringíveis - impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição (...). (Silva, 2006, p. 25)

Para se chegar ao conteúdo mínimo essencial dos direitos fundamentais, é necessário compreender alguns aspectos. O primeiro deles é o suporte fático no

Direito Constitucional, isto é, "os elementos que, quando preenchidos, são ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental (Silva, 2006, p. 31)". Assim, para se ter o suporte fático de normas constitucionais, é fundamental que haja o âmbito de proteção (aquilo que é protegido), a intervenção estatal (aquilo contra o qual é protegido) e a ausência de fundamentação constitucional. Ademais, para que se tenha o sopesamento de direitos fundamentais, esse suporte fático deve ser amplo, como ratifica Virgílio:

(...) no segundo caso - suporte amplo - definir o que é protegido é apenas um primeiro passo, já que condutas ou situações abarcadas pelo âmbito de proteção de um direito fundamental ainda dependerão eventualmente de um sopesamento em situações concretas antes de se decidir pela proteção definitiva ou não. (...)

Toda ação, estado ou posição jurídica que possua alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do "âmbito temático"³³ de um determinado direito fundamental, deve ser considerada como abrangida por seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis (Silva, 2006, p. 34).

A fim de compreender com mais clareza acerca do que deve ser protegido, o autor relata o art. 5º, IV da Constituição Federal, qual seja, livre manifestação do pensamento. Pelo conceito do suporte fático amplo, toda e qualquer manifestação do pensamento, independentemente do conteúdo ou forma é protegida. Contudo, essa é uma ideia prima facie, pois posteriormente, tendo em vista que os direitos fundamentais não são absolutos, poderão haver restrições para que não haja o abuso do direito, desde que devidamente fundamentadas (intervenção estatal fundamentada).

Com isso, entende-se que é inevitável que os direitos fundamentais se colidam. Para tanto, tem-se a teoria externa, em que há o direito em si e suas restrições por meio do sopesamento. Essas restrições, contudo, "não têm nenhuma influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir o seu exercício, (...) o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e,

sobretudo, a sua extensão prima facie (Silva, 2006, p. 39)."

Chega-se, enfim, após a análise de diversas teorias, à definição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que, segundo o autor, é "definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes (Silva, 2006, p. 40)". Tendo em mente isto, o conteúdo essencial é relativo e proporcional, ou seja, poderá variar dependendo da situação fática, estando vinculado, à regra da proporcionalidade.

(...) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. (...)

Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial (Silva, 2006, p. 43).

3 TESTE DE PROPORCIONALIDADE DE ROBERT ALEXY

Utilizando-se como base a teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, a fim de pacificar situações de colisão de princípios fundamentais, é necessário realizar uma relação de precedência condicionada, ponderando diante das circunstâncias qual direito irá prevalecer sobre o outro.

Vale ressaltar, de início, que o princípio que por hora precederá não se torna mais importante ou em um nível hierárquico maior que o outro, mas apenas que, diante da situação fática, essa seria a melhor resolução possível do conflito, como retrata o autor:

(...) Se dois princípios se colidem, o que ocorre por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro é permitido -, um dos

princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. (...) (Alexy, 2008, p.93).

Prima facie todos têm direito a todos os direitos fundamentais tidos como princípios. Contudo, por se tratar de um comando de otimização, deve-se ter em mente que tais princípios devem ser garantidos na máxima medida possível, visto que, em determinadas situações, pode ocorrer a restrição de um direito, como descrito abaixo:

Uma primeira característica importante que decorre do que foi dito até agora é o distinto caráter prima facie das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fálicas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas prima facie. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. (...) (Alexy, 2008, p. 103 e 104).

É necessário, portanto, analisar o caso concreto, a fim de observar a possibilidade de algum tipo de restrição ao direito. Para isso, Alexy apresenta o teste da proporcionalidade, que é uma técnica específica de ponderação para resolver esses tipos de colisão:

(...) O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses - que abstratamente estão no mesmo nível - tem maior peso no caso concreto (...).

Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Esse conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a teoria dos princípios. (...) (Alexy, 2008, p. 95 e 96).

Para isso, o resultado da ponderação será uma relação de precedência relativa, em que, quase que matematicamente, Alexy traz uma fórmula, qual seja, $(P1 \geq P2)C$. Nessa ideia, os princípios P1 e P2 estão colidindo e o primeiro terá maior peso do que o segundo se as condições do caso concreto, aqui chamada de C, forem suficientes para tal. Com esse fim, Alexy divide o teste da proporcionalidade em três etapas: adequação, necessidade e proporcionalidade.

A primeira delas, adequação, é analisada se a medida adotada é adequada para fomentar o fim desejado. A segunda fase é a da necessidade, em que é observada a necessidade de tal medida. Aqui se realiza uma comparação acerca de outras medidas possíveis e tão eficazes quanto a adotada, porém que atinjam menos o princípio afetado.

Por fim, a última etapa do teste da proporcionalidade é a análise jurídica de fato e é dividida em outras três fases. Na primeira e segunda, é atribuída uma pontuação levando-se em consideração o grau de afetação do princípio atingido e o grau de importância do princípio que justifica a medida, seguindo o método proposto por Alexy em que um grau leve é atribuído a nota 1, moderado 2 e grave 4. Já a terceira etapa da fase três do teste da proporcionalidade, ocorre a ponderação em si. Considerando-se as notas determinadas, é possível conseguir visualizar com clareza qual princípio que, na situação fática vivenciada, prevalecerá.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto até aqui, foi possível constatar que os direitos fundamentais têm uma grande relevância no ordenamento jurídico atual, tanto que possuem uma proteção especial trazida pela Constituição Federal. Esses direitos são normas jurídicas que podem ser regras, em que são aplicadas em sua totalidade ou não aplicados, e princípios, os quais são objeto de ponderação. Embora os direitos fundamentais possam ser relativizados, tendo em vista sua grande importância, é necessário que haja uma premissa a ser seguida quando o assunto é colisão desses direitos.

Tendo como base essa ideia, observou-se durante este trabalho que toda e qualquer ponderação entre princípios deve estar alicerçada em uma fundamentação que seja adequada, necessária e proporcional ao caso concreto. Não há como a doutrina, jurisprudência e até mesmo o próprio legislador terem uma resposta para todos os conflitos constitucionais que serão suscitados, até porque todos esses mecanismos andam em atraso com relação às mudanças céleres da sociedade.

Ainda assim, concepções tão significativas e árduas de serem conquistadas, como os direitos fundamentais apresentados pela Carta Magna de 1988, não devem ficar à mercê de interpretações subjetivas e tendo variações a depender do governo ou julgador. Logo, a base dos princípios constitucionais fundamentais deve ser preservada e a prevalência de um sobre o outro deve, sempre, ser fundamentada não em achismos pessoais.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique G.; OLIVEIRA, Rafael T. Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

CLÈVE, Clèmerson M.; FREIRE, Alexandre R. S. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. Cadernos da escola de direito e relações internacionais da Faculdade do Brasil, 2002, p. 29-42. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/2469-Texto%20do%20artigo-9783-1-10-20170316.pdf>

CRETELLA, Júnior, J. (1977). Fundamentos do direito administrativo. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 72(1), 299-317. Recuperado

de

<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66798>

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.35.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Trad. Luis Carlos Borges. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARINONI, Guilherme; MATIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. Ed. 36. São Paulo: Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/e-dicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista latino-americana de estudos constitucionais, 2003, Vol. 1, p. 607-630. Disponível em: https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, 2006, p. 23-51.

COMPAIXÃO, DIREITO E AS NECESSIDADES EMOCIONAIS DOS ANIMAIS UTILIZADOS EM TURISMO E ENTRETENIMENTO



Érika Zanoni Fagundes Cunha¹

Durante toda a vida, os animais se defrontam com situações difíceis e estressantes que são capazes de desencadear respostas neuroendócrinas complexas. A presença dessas emoções intensas e duradouras pode alterar a funcionalidade cerebral modificando estratégias de enfrentamento do indivíduo e influenciar também na sua qualidade de vida. O conhecimento acerca da neuroanatomia, neurofisiologia e do conceito de bem-estar animal podem renovar a atenção para esse sistema complexo e promover uma possível estratégia para o tratamento de condições neuropsiquiátricas em animais. Animais utilizados em manifestações culturais, lazer e entretenimento, por ocasião da exposição, sofrem esgotamento físico e mental resultando em uma carga alostática observada através de respostas fisiológicas, comportamentais e diminuição da cognição. O Direito Animal surge apresentando o animal enquanto indivíduo, senciente, portador de valor intrínseco e dignidade própria, conscientizando a respeito das necessidades internas do animal, independente da sua função ecológica.

Palavras-Chave: estresse; manifestações culturais; bem-estar animal; direito animal

¹ Pós doutoranda em Direito Animal, Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR Brasil - E-mail: erikazanbr@yahoo.com.br



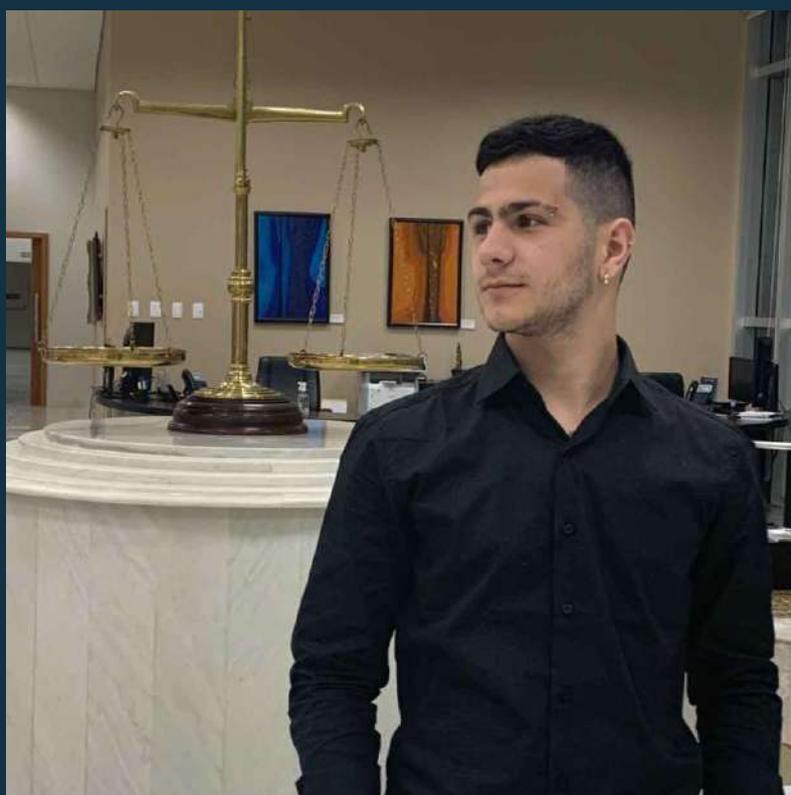
Giseli Laguardia Cheim ²

COMPASSION, RIGHT AND THE EMOTIONAL NEEDS OF ANIMALS USED IN TOURISM AND ENTERTAINMENT

Animals deal with many challenging and stressful situations that can initiate complex neuroendocrine responses throughout their lives. These intense and lasting emotions can change the brain's functionality and influence their quality of life. The knowledge around neuroanatomy, neurophysiology and animal welfare may enlighten our understanding of this complex system, as well as promote a possible strategy for the treatment of neuropsychiatric conditions in animals. Animals participating in cultural events, leisure activities, and entertainment often experience physical and psychological exhaustion due to their exposure. This leads to an allostatic load manifesting through physiological responses, behavioural changes, and cognitive impairment. The field of animal law emerges by recognizing animals as sentient beings, inherently valuable and dignified creatures. This approach raises awareness about the internal needs of animals, independent of their ecological roles.

Keywords: stress; cultural events, animal welfare; animal law

² Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pós-Graduada em Direito Animal pela ESMAFE-UNINTER. Pesquisadora em Ética e Direito Animal e integrante do Programa de Direito Animal da Universidade Federal do Paraná (UFPR).



Bruno Zanoni Cury³

³ Estudante de Direito, FAE Business School Curitiba-PR Brasil - Ponta Grossa-PR Email: brzcury@gmail.com

INTRODUÇÃO

Renomados autores concordam que os problemas relacionados ao medo, a ansiedade e a depressão se apresentam com frequência em animais e salientam a importância de estudos na área ((Broom; Molento, 2004; Darwin, 1872; Griffin; Speck, 2004; Sapolsky, 2007; Edes; Wolfe; Crews, 2016); bem como a necessidade do desenvolvimento e da adaptação de instrumentos (escalas) que mensurem a qualidade de vida dos animais em cativeiro (Emmons; Diener; Larsen, 1986; King; Landau, 2003; Leach, 2016). O aprimoramento e evolução de tais pesquisas facilitarão determinar melhores critérios de diagnósticos, a identificação e o reconhecimento dos transtornos mentais nos animais, contribuindo, assim para o trabalho dos clínicos, zoológicos e cuidadores.

Algumas experiências emocionais intensas e estressantes, como as que são vividas em cativeiro e exposições, podem desencadear mecanismos neurobiológicos complexos, que se tornarem crônicos podem resultar em consequências deletérias físicas e emocionais (Durham, 2003). Animais confinados apresentam, frequentemente, diversos distúrbios de comportamento, quando comparados aos que vivem em seu ambiente natural (Sapolsky, 2007).

Antigamente, as reais necessidades emocionais dos animais não eram evidenciadas. Acreditava-se que, para cuidar de um animal em cativeiro, bastava alimentá-lo e aplicar técnicas sanitárias. Hoje sabe-se que os animais necessitam de uma estimulação ambiental complexa e estes podem experimentar sofrimento físico e psicológico. Segundo Zanoni; Hilgemberg e Moreira (2017), comportamentos inadequados, portanto, teriam como função inicial uma compensação para a frustração ou ambiente estressante.

Segundo Fowler (1986 apud Acco; Pachaly; Bacila, 1999), o estresse pode ser definido como um processo fisiológico, neuroendócrino, pelo qual passam os seres vivos quando enfrentam alguma mudança ambiental. As principais alterações comportamentais incluem aumento da agressividade e tendência ao isolamento. Animais cronicamente estressados podem apresentar reação exagerada do sistema nervoso simpático e elevação de pressão arterial, diminuição de insulina, aumento do risco de diabetes, predisposição a úlceras estomacais e duodenais, desequilíbrio do sistema imunológico e diminuição do interesse em buscar parceiros sexuais (Fowler, 1986 Apud Acco; Pachaly; Bacila 1999; Melo, 2010; Ruiz et al., 2007).

Os animais utilizados para manifestações culturais, animais de exposição e os que são utilizados

para lazer, podem desenvolver esgotamento físico e mental, tendo consequências deletérias para a vida. A revisão é uma contribuição para o avanço dos estudos a respeito do reconhecimento e identificação dos transtornos psiquiátricos dos animais e seu conteúdo se presta como alerta e encorajamento para os profissionais que atuam na melhoria do bem-estar animal e reconhecimento do direito dos animais.

1 BASTIDORES DA PSEUDOALEGRIA HUMANA ÀS CUSTAS DO SOFRIMENTO ANIMAL:

Prima facie é importante termos em mente que o Direito Animal é um conjunto de regras e princípios que estabelece os direitos dos animais não humanos, considerados em si mesmos, independentemente de sua função ecológica e ambiental (Ataide-Junior, 2018). Manter animais em cativeiro, em zoológicos, circos e atrações turísticas, gera um enorme sofrimento para qualquer animal e esgotamento mental capaz de ocasionar problemas mentais, como por exemplo a depressão animal, geradas pela solidão, exploração e confinamento.

Segundo Anna Caramuru Aubert Pessoa e Giseli Laguardia Cheim, as primeiras medidas protetivas aos animais no Brasil, foram incluídas ao Código de Postura do Município de São Paulo no ano de 1886, que passou a proibir maus-tratos a algumas espécies de animais. Em 1895, ainda no município de São Paulo, foi sancionada a Lei n.º 183 que passou a proibir todos os abusos, maus-tratos e quaisquer atos de crueldade ou de destruição praticados desnecessariamente contra animais em geral (Aubert; Cheim, 2023, P.76)

Ainda de acordo com as autoras, no que se refere a utilização de animais para o entretenimento humano, as medidas protetivas ocorreram somente com a promulgação do Decreto n.º 14.520 no ano de 1920, quando houve a extensão da consideração moral em âmbito nacional. Por meio do referido Decreto, foram proibidas as concessões de licenças para quaisquer atividades consideradas como "Diversões Públicas" que pudessem causar sofrimento aos animais como as corridas de touros, garraios e novilhos, briga de galos e canários (Aubert; Cheim, 2023, p. 76).

No ano de 1934 foi promulgado o Decreto-Lei n.º 24.645, que estabeleceu um novo catálogo de condutas proibitivas consideradas lesivas aos animais não humanos, além de reconhecer que eles fazem jus à tutela jurisdicional em caso de violação de direitos e

¹ O Decreto-Lei 24.645/1934 permanece vigente, com força de Lei ordinária, conforme reconhecido pelo STJ em decisão do REsp 1.115.916/MG e pelo STF no julgamento da ADIN 4.983

imputou ao Estado a tutela de todos os animais existentes no país (Aubert; Cheim, 2023, p. 76).

No que se refere a nossa lei maior, a Constituição Federal de 1988 se caracterizou como um marco legal acerca da tutela animalista no direito brasileiro, uma vez que estabelece em seu artigo 225, § 1º, inciso VII a tutela constitucional dos animais. No momento em que proíbe qualquer crueldade contra animais, a Carta Magna reconhece o fato científico da senciência animal, fato este que gera um valor que é a dignidade animal. Compreendendo que os animais têm o direito de não sofrer, a Constituição lhes assegura autonomia no ordenamento jurídico brasileiro.

Não fosse isso, no ano de 1998 foi sancionada a Lei de Crimes Ambientais (n.º 9.605), que tipificou como crime a prática de atos de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar todos os animais existentes no país. Com isso, indubitavelmente verifica-se que os animais não são coisas, nem bens.

De igual forma foi a interpretação do próprio Supremo Tribunal Federal², quando do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.983, na qual a Ministra Rosa Weber afirmou que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada. No mesmo sentido o Ministro Luiz Roberto Barroso afirmou em seu voto que o direito dos animais a não serem submetidos à crueldade é uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dá unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. O Ministro afirmou ainda que valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só.

Assim, considerando a constatação científica de que os animais possuem dignidade própria, são reconhecidos constitucionalmente como sujeitos de direitos fundamentais.

Abaixo descreve-se as principais ações que utilizam animais para promover entretenimento aos seres humanos.

1.1 ANIMAIS UTILIZADOS EM CIRCO

O circo é reconhecido como patrimônio cultural brasileiro, com predominância de propriedade familiar e sua atividade é regulamentada em todo o país. Para receber tal denominação, essas instituições devem ser itinerantes e ter estruturas desmontáveis e cobertas por lona. No passado a utilização de animais em espetáculos era muito comum, o que ao longo do tempo

foi questionado pelo público que observava situações de maus tratos e comportamentos antinaturais tais como empinar bola no nariz, se equilibrar em bolas e exigência de um comportamento submisso ao domador.

Impende destacar que no Brasil não há lei específica que regulamente o uso de animais em atrações circenses. Ao contrário, tendo em vista a omissão do legislativo federal no que pese a proteção dos animais submetidos a essa exploração cruel, diversos estados sancionaram leis proibindo o uso de animais em circos.³ MARTINS (2014) no artigo "O respeitável público que não quer mais animais em circos" revela vários acidentes envolvendo mordedura de animais silvestres em seres humanos, ressaltando a importância de que animais subjugados podem desenvolver transtornos mentais apresentando comportamento imprevisível e muitas vezes agressivo. Os castigos, muito utilizados para o "adestramento" promovem danos físicos e psicológicos duradouros e custosos a nível de neurobiologia (Sapolsky, 2007).

Estudos epidemiológicos focados em eventos estressantes, que estão relacionados temporariamente ao transtorno de depressão maior, documentam que os principais eventos desencadeadores do processo são: problemas de saúde que ameaçam a vida, exposição à violência, separação e luto (BOWLBY, 2006). No entanto, evidências mais recentes se concentraram em exposição a eventos na infância tais como violência física e abuso sexual, negligência psicológica, exposição à violência doméstica ou isolamento (Cruvinel; Boruchovitch, 2014; Otte Et AL., 2016).

Há uma urgência em se a reconhecer a importância do diagnóstico do transtorno de ansiedade pós-traumática (TAPT) em zoologia. Embora os animais tenham uma alta prevalência de exposição a eventos traumáticos, tais como acidentes, abuso, tráfico e violência física, há poucos estudos teóricos e empíricos sobre o TEPT. (Figueira; Mendlowicz, 2003).

1.2 ANIMAIS EM ZOOLOGICOS E EM CONFINAMENTO

Animais sociais artificialmente confinados apresentam, frequentemente, quando comparados aos exemplares vivendo em seu ambiente natural, comportamentos anormais. As interferências ou modificações de ambiente podem induzir a comportamentos distintos dos apresentados na natureza (Broom; Durham, 2003; Broom; Molento, 2004).

Muitas instituições são serias e realizam cuidados humanos especiais para animais que não

² STF, Pleno, ADIN 4983/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 06/10/2016, DJe 27/4/2017.

³ Atualmente possuem 12 estados que promulgaram leis proibindo a utilização de animais em circos, são eles: Minas Gerais, Mato Grosso, Goiás, Paraíba, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro, Santa Catarina, Alagoas, Espírito Santo, Paraná e São Paulo.

podem retornar para a natureza, entretanto, em observação das notícias e inquéritos observa-se que há muitos casos de negligência e maus-tratos nessas instituições, inclusive há um trabalho relatando o Habeas Corpus para a Chimpanzé Suíça (Heron, 2014).

O estresse de cativeiro não enriquecido, contribui para o desenvolvimento de doenças crônicas degenerativas em animais (Sapolsky, 2007). A carga alostática é uma estimativa de desregulação fisiológica induzida pelo estresse com base em um índice de vários biomarcadores aplicados aos seres humanos e prever os resultados na saúde (Edes; Wolfe; Crew, 2016). Sabe-se que ambientes de zoológico podem promover mudanças fisiológicas no organismo, porém existe um número reduzido de trabalhos com relação a expressão de emoções de animais com restrição de liberdade. É preciso conhecer quais os efeitos do estresse aos animais e investigar se existe uma justificativa fisiológica para os diversos comportamentos enfatizando a importância dos componentes emocionais para a constituição da preservação da qualidade de vida psicológica.

Del-Claro, Prezoto e Sabino (2007) relataram que estereotipias são comuns em animais que vivem em restrição de liberdade, que são caracterizadas pela repetição de movimentos que, aparentemente, não têm qualquer função ou valor adaptativo. Os padrões rígidos e repetitivos de andar de um lado para o outro em zoológicos, cavalos que mordem as baias, macacos com excesso de catação, aves que arrancam as penas, automutilações em geral são rituais compulsivos desempenhados para aliviar a ansiedade em certas circunstâncias (Brandão; Graeff, 2014).

As estereotipias foram descritas pela primeira vez em seres humanos com distúrbios neurológicos e em indivíduos que permanecem isolados em prisões durante muito tempo. Movimentos repetitivos aparecem em situações em que o indivíduo não tem controle sobre seu ambiente, especialmente naquelas que são obviamente frustrantes, ameaçadoras ou severamente carentes de estímulo. Sua generalizada ocorrência em animais confinados é de grande importância em relação à avaliação do bem-estar (BROOM, 1991).

ZANONI (2019) avaliou a qualidade de vida de macacos-prego em cativeiro e fez correlações com marcadores biológicos de estresse, eletrocardiograma e testes cognitivos. Houve correlação significativa entre a escala e o cortisol sérico e PCR dos animais, sendo um coeficiente de 0,69 e 0,80, respectivamente ($p < 0,05$), o que caracterizou positiva, forte e significativa correlação em ambas as variáveis. Ou seja, à medida que o escore final da escala aumentou, cortisol e a PCR (um marcador de inflamação) também aumentaram. Além disso observou um caso de morte súbita de um animal e a causa se atribuiu ao estresse. A cognição também foi afetada pelos altos níveis de

cortisol, PCR e escore da escala de qualidade de vida. Esses resultados podem ajudar no desenvolvimento de ferramentas de avaliação da qualidade de vida para se identificar sinais de estresse em primatas não-humanos em cativeiro.

Os recintos dos animais criados com restrição de liberdade devem atender às necessidades biológicas desses, proporcionando um adequado nível de bem-estar. É necessário que o local tenha um espaço com metragem adequada, que tenha várias opções de enriquecimento e que permita interações sociais. Fonseca e Genaro (2015) investigaram os parâmetros mínimos para a manutenção de gatos domésticos confinados. Os resultados revelaram que os felinos necessitam da presença de uma área elevada sugerindo um design mais apropriado para que as necessidades comportamentais desses animais sejam garantidas, o que pode influenciar significativamente o seu bem-estar.

E preciso com urgência entender essas necessidades animais além das palavras. Sofrimento não é entretenimento.

No que pese a legislação brasileira, a lei n.º 7.173 de 14 dezembro de 1983 dispõe sobre o estabelecimento e funcionamento de jardins zoológicos. De acordo com a referida lei, considera-se jardim zoológico qualquer coleção de animais silvestres mantidos vivos em cativeiro ou em semiliberdade e expostos à visitação pública, o que inclui aquários e locais que se utilizam de animais para turismo, desde que autorizados pelos órgãos competentes.

Nesse ponto, é necessário considerarmos os esclarecimentos de Anna Caramuru Aubert e Giseli Laguardia Cheim, no que se refere a não recepção constitucional de todos os dispositivos da referida lei, já que a Constituição Federal de 1988 não admitiu a tese da desconstitucionalização, motivo pelo qual, as normas da Constituição pretérita não foram recepcionadas como normas infraconstitucionais. (Aubert; Cheim, 2023, p. 79).

No mesmo sentido, é o entendimento de Pedro Lenza quando leciona sobre a tese da desconstitucionalização afirmando que "o Poder Constituinte Originário é ilimitado e autônomo, podendo tudo, inclusive prever o aludido fenômeno, mas desde que o faça, como visto, de maneira inequívoca e expressa" (Lenza, 2012, p. 203).

Isso significa que todos os dispositivos da lei n.º 7.173/1983 que são incompatíveis com o regramento constitucional da vedação da crueldade animal, insculpido no artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988, foram automaticamente revogados.

Os artigos que violam a Constituição, autorizam o cárcere perpétuo de animais silvestres e exóticos para entretenimento humano, a importação de

animais da fauna alienígena para os Jardins Zoológicos, a venda de seus exemplares da fauna alienígena e da fauna indígena e a exploração econômica desses animais.

Impende ressaltar que da referida lei, deriva a instrução normativa do IBAMA nº 07/2015, que tem como objetivo instituir e normatizar as categorias de uso e manejo da fauna silvestre em cativeiro, englobando a conservação, exposição, manutenção, criação, reprodução, comercialização, abate e de beneficiamento de produtos e subprodutos no Brasil e foi atualizada na Resolução nº 489, de 26 de outubro de 2018 do Conselho Nacional Do Meio Ambiente-CONAMA.

Dentro da lógica jurídica apresentada, as referidas Instrução Normativa e Resolução não possuem validade jurídica, isso porque os atos administrativos são, obrigatoriamente, vinculados a lei e, não existindo dispositivos de lei válidos sobre o tema específico, os atos administrativos são inconstitucionais e nulos de pleno direito. Apesar da explícita inconstitucionalidade e nulidades, ambos os atos administrativos continuam sendo utilizados no Brasil para beneficiar grupos que lucram com a exploração cruel dos animais confinados nesses estabelecimentos.

Feitas essas considerações, o que restaria, então, da lei dos Zoológicos?

Dentre os dispositivos constitucionais que restaram na referida lei, o que cabe aos zoológicos, atendendo a finalidades socioculturais e objetivos científicos é o acolhimento de animais resgatados do tráfico e de outros tipos de abusos, maus-tratos e crueldades, para promover a reabilitação e a reinserção ao habitat natural e, nos casos em que o animal, por problemas físicos e/ou psicológicos não puderem ser reinseridos, tenham garantias de uma vida razoavelmente digna, acompanhada por biólogos e médicos veterinários, em um ambiente compatível com a espécie, com enriquecimento ambiental adequado, de maneira a reduzir ao máximo o sofrimento do animal, colocando a dignidade desses animais acima de qualquer vantagem econômica.

No âmbito jurisprudencial, há importantes avanços em prol dos animais confinados nesses estabelecimentos. Caso emblemático foi o Habeas Corpus impetrado em favor da chimpanzé Suíça que se encontrava aprisionada no Jardim Zoológico de Salvador, numa jaula com área total de 77,56 m² e altura de 4,0 metros no solário, e área de confinamento de 2,75 metros de altura, privada, portanto, de seu direito de locomoção.⁴

Infelizmente, a Chipanzé Suíça morreu enquanto aguardava a decisão. Todavia, mesmo após o óbito, o Habeas Corpus foi apreciado e concedido pelo

juiz substituto da 9ª Vara Criminal de Salvador/BA, tornando-se, assim, a primeira sentença a reconhecer um animal como sujeito de direitos. Outro importante caso foi o da chimpanzé Cecília mantida enclausurada no zoológico de Mondeza na Argentina que conseguiu a sua liberdade por meio de um Habeas Corpus⁵.

1.3 ANIMAIS EM AQUÁRIOS

Os peixes são vertebrados muito “utilizados” pelos humanos tanto na alimentação, como parte das indústrias pesqueiras globais, são os animais de estimação mais comuns e amplamente utilizados para pesquisas científicas. Mas os peixes raramente recebem o mesmo nível de compaixão ou bem-estar que os vertebrados de sangue quente. Parte do problema é que o senso comum acredita que para um animal sentir, ele precisa ser inteligente. Esta é uma questão importante porque a percepção pública orienta a política do governo. Do ponto de vista do bem-estar, a maioria dos pesquisadores sugeriria que, se um animal é senciente, provavelmente pode sofrer e, portanto, deve receber alguma forma de proteção formal (Brown, 2015).

Molento e Dal Pont (2009) destacam o reconhecimento dos peixes como seres sencientes e a responsabilidade moral que emana. Atualmente existe um amadurecimento da percepção dos pesquisadores e da sociedade em geral no que tange à sciência de peixes. O trabalho de MOLENTO e DAL PONT (2009) visa apresentar as principais possibilidades de diagnóstico de bem-estar de peixes.

Peixes sendo sencientes estão susceptíveis a diversos fatores que podem desencadear estresse, tais como: a densidade de animais por tanque, a temperatura da água e o isolamento social. Dessa forma, a complexidade do meio ambiente, no qual os peixes são mantidos pode interferir, significativamente, nas respostas fisiológicas e comportamentais desses animais. Embora os animais, geralmente, sejam mantidos em tanques não ornamentados, faz-se necessário realizar o enriquecimento ambiental com plantas artificiais. Dessa forma, a complexidade do meio ambiente, no qual os peixes são mantidos pode interferir, significativamente, nas respostas fisiológicas e comportamentais desses animais (Piato e Rosemberg, 2014).

No caso da Pesca esportiva, utiliza-se anzol e o peixe capturado e retirado dessa ferramenta, sem conhecimento a respeito da dor e contaminação e devolvido ao lago sem utilização de medicamentos ou reparo do dano causado.

⁴ Habeas Corpus Nº 833085-3/2005. Sentença proferida pelo juiz substituto Dr. Edmundo Cruz da 9ª Vara Criminal de Salvador/BA.

⁵ Habeas Corpus nº P-72.254/15.

A boca dos peixes é uma das áreas mais enervadas e sensíveis de seu corpo e fisga-lo com anzol já lhe causa enorme sofrimento. Devolvê-lo à água após ferir-lo é condená-lo a uma morte lenta e cruel. Além disso, por conta dos ferimentos muitos destes peixes não conseguirão mais se alimentar e morrerão por inanição. Algumas fotos ilustram essa afirmação:

No trabalho de Rucinke et al (2017) observa-se que pessoas esclarecidas sentem uma necessidade de melhor atenção aos peixes. A porcentagem de participantes que perceberam os peixes como animais sencientes foi de 79,7% e 71,8%. A classificação da percepção da senciência entre os grupos taxonômicos parece acordo com a proximidade filogenética com os humanos, sugerindo que os participantes eram mais propensos a perceber a senciência em mamíferos do que em outros animais. A ordem de percepção de crueldade com os peixes foi a pesca com anzol e linha (75,6%, 70,6%); feira municipal de peixe vivo (68,7%); tanques pesque e pague (59,7%, 54,4%); peixes mantidos como animais de laboratório (58,0, 48,1%); piscicultura (35,7, 36,8%); peixes em pet shops (35,5%, 26,1%); produção de peixes ornamentais (19,3%, 21,8%); pescar em exposições de aquários (18,8%, 16,9%); e peixes mantidos como animais de estimação (12,4%, 12,3%).

Os golfinhos também são sencientes e possuem expressões de emoções bem peculiares. Estes vivem em grupos sociais dinâmicos e é provável que as emoções possam conferir sistemas de comunicações complexos. Além disso, o neocórtex e as estruturas paleocorticais no cérebro do golfinho são consistentes com a noção de que os golfinhos experimentam emoções e são sensíveis as emoções dos outros. Embora essas exhibições são pacíficas, existem as agressivas que podem refletir aborrecimento, raiva, frustração ou mesmo medo (Kuczaj et al, 2013).

A agressividade é compreendida como parte do instinto animal, ou seja, é algo inato. Pode aparecer em vida livre ou quando confinados, sendo que, sem dúvida nenhuma, ocorre em maior frequência no cativeiro e, mais especialmente, em situações nas quais os animais são isolados e privados dos estímulos fornecidos pela vida grupal. (Durham, 2003; Hrды, 2000). Muito se falou a respeito da Orca que matou a treinadora, que chamam de baleia, mas na verdade é da família dos golfinhos. Animais que executam comportamentos antinaturais, podem se estressar e apresentar comportamentos do tipo agressivos.

1.4 ANIMAIS UTILIZADOS EM TURISMO

Em 2016, o jornal The New York Times revelou que um santuário de tigres, localizado na Tailândia, foi

desativado e seus administradores monges foram presos. O templo se autopromovia como um lugar onde pessoas e tigres poderiam coexistir em harmonia. Na apreensão encontraram mais de 1.600 itens ilegais, tais como pele de tigre, dentes e mais de 40 filhotes mortos congelados e outros 20 preservados em formol. Essa foi uma vitória para os ativistas, já que nesse local, a religião é soberana e existia um protecionismo aos líderes religiosos. Ainda na Tailândia a Animal a World Animal Protection denuncia que os filhotes de elefantes são torturados e obrigados a carregar turistas até a exaustão. O treinamento desses filhotes começa quando são tirados de suas mães quando bebês e forçados a passar por um processo de treinamento horrível conhecido como "o esmagamento", que envolve restrições físicas, infligindo dor severa e negando comida e água.

1.5 ANIMAIS UTILIZADOS EM TOURADAS, RODEIOS, VAQUEJADAS E FARRA DO BOI

A Farra do Boi, os rodeios, touradas e vaquejadas são exemplos de eventos que provocam o divertimento humano às custas dos animais. Para essas práticas, os animais são encurralados, espancados, encurralados e atormentados.

A farra do boi é uma das "manifestações culturais" mais polêmicas e cruéis no Brasil. Alguns dias antes da festa, o animal é deixado em regime de jejum e é solto no meio da população que é munida de paus, ferro e objetos cortantes com o intuito de ferir o animal e posteriormente o animal é morto. O rodeio é uma "festividade" em que peões mostram habilidades em laçar, derrubar o boi e manter-se de no lombo do animal, apesar dos pulos e agressividade (Felizola, 2011).

O animal se comporta de maneira agressiva porque foi torturado, agredido, mantido em situação de jejum. A agressão é um tipo de interação social que pode ser definida como um comportamento direcionado a outro indivíduo para lhe causar injúria, para advertir e esta pode ser classificada como: predatória, por medo, irritável, territorial, instrumental, comportamento defensivo, comportamento parental e conflito social. Com base nas respostas a agressão pode ser dividida em: - agressão não afetiva ou predatória que envolve alterações mínimas de humor, tem sua origem hipotalâmica e os neurotransmissores envolvidos são acetil colina; - a agressão emocional que apresenta alterações marcantes de humor e podem envolver neurotransmissores serotoninérgicos, catecolaminérgico, colinérgico e gabaérgico (Scárdua; Bastos; Miranda, 2009).

A dopamina é um dos principais neurotransmissores e revela o funcionamento dos circuitos cerebrais e decisões comportamentais em equinos. O estresse cria uma superdose em de dopamina e estas estão relacionadas com mudanças

estruturais cerebrais (Lesté-Lasserre 2015; Healey,2014). Jain (1993) descreveu as alterações hematológicas em equinos, tais como leucocitose com neutrofilia (sem desvio) como sendo indicadores de estresse, fato que ocorre com os animais que participam de provas esportivas. Parâmetros bioquímicos são utilizados para se avaliar a intensidade dos treinamentos aplicados a equinos.

No plano infralegal, a Resolução nº 1.236 de 2018, do Conselho Federal de Medicina Veterinária, em seu artigo 5º, de forma exemplificativa, faz referência a uma série de práticas consideradas maus-tratos, inclusive citando o uso forçado de animais em eventos culturais, a utilização de equipamentos e manejo que causem dor ou sofrimento durante práticas de entretenimento, bem como a imposição de um comportamento antinatural dos animais, que prejudiquem sua condição física e psicológica:

Art. 5º – Consideram-se maus tratos:

[...]

XIV – submeter ou obrigar animal a atividades excessivas, que ameacem sua condição física e/ou psicológica, para dele obter esforços ou comportamentos que não se observariam senão sob coerção;

[...]

XXIII – utilizar agentes ou equipamentos que inflinjam dor ou sofrimento com o intuito de induzir comportamentos desejados durante práticas esportivas, de entretenimento e de atividade laborativa, incluindo apresentações e eventos similares, exceto quando em situações de risco de morte para pessoas e/ou animais ou tolerados enquanto estas práticas forem legalmente permitidas;

XXIV – submeter animal a eventos, ações publicitárias, filmagens, exposições e/ou produções artísticas e/ou culturais

para os quais não tenham sido devidamente preparados física e emocionalmente ou de forma a prevenir ou evitar dor, estresse e/ou sofrimento [...].

É certo que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225, § 1º, inciso VII, elevou os animais não-humanos ao patamar de sujeitos de direitos fundamentais, ao conferi-los o direito de não serem submetidos à crueldade, imputando ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-los.

No momento em que a Carta Magna reconhece a dignidade individual de cada animal em si, o regramento da vedação da crueldade animal constituiu-se em cláusula pétrea, de modo a não permitir ser objeto de deliberação a propostas de emendas tendentes a aboli-lo, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna.

Como já vimos, no cenário infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 24.645, de 10 de julho de 1934, já reconhecia os direitos fundamentais dos animais não humanos quando estabeleceu um rol proibitivo de condutas que causam sofrimento físico e psicológico a eles, além de imputar ao Estado a tutela de todos os animais existentes no país.

No mesmo sentido, a Lei de Crimes Ambientais, cumprindo mandado de criminalização inserto no inciso VII do § 1º do art. 225 da CF/88, tipificou como crime condutas que afrontem os direitos fundamentais dos animais não humanos, obrigando, dessarte, todos os Entes Federados a cumprirem a ordem legal (e constitucional) relativa à proteção dos animais.

Como se vê, em todos os casos, o Estado tem a obrigação objetiva de garantir a integridade física e psicológica de todos os animais, devendo tomar medidas preventivas de controle e fiscalização para atender os diplomas legais.

Após o precedente do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 4.983, proposta pela Procuradoria-Geral da República contra a Lei 15.299/2013 do Estado do Ceará, que considerou os animais por si mesmos, enquanto indivíduos e dotados de uma vida, reconhecendo-os como sujeitos de direitos fundamentais, desencadeou um movimento político por parte daqueles que lucram com a exploração cruel dos animais, por meio do chamado efeito backlash, representado pela Emenda Constitucional 96/17, que introduziu o § 7º no artigo 225 da Constituição Federal, o qual passou a estabelecer:

Art. 225 [...]

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII

⁶ ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. A ação direta de inconstitucionalidade da vaquejada e a consolidação do Direito Animal no Brasil. In: REGIS, Arthur H. P.; SANTOS, Camila Prado dos

(coord.). Direito animal em movimento: comentários à jurisprudência do STJ e STF. Curitiba: Juruá, 2021. p. 103.

do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."

Facilmente se conclui pela inconstitucionalidade da referida emenda, na qual, inclusive, já está em análise por meio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (n.º 5758 e 5772).

O primeiro argumento de inconstitucionalidade, como já vimos, se consubstancia no tocante aos direitos individuais dos animais não-humanos estarem a salvo de práticas humanas que os submetam a crueldade, por ser imune ao poder constituinte derivado, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.⁷

Em uma outra ótica, a emenda também não se sustenta quando posta à perspectiva ambiental/ecológica pois há a vulneração ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial a sadia qualidade de vida nos termos do caput do artigo 225 da Constituição Federal, fundado no valor solidariedade.⁸

Há de se considerar ainda que por representar uma fragilidade da tutela jurídica dos animais submetidos a atividades desportivas/culturais, como o rodeio, Vaquejadas e demais atividades a emenda não se sustenta pelo fundamento do Princípio da Vedação ao Retrocesso, uma vez que tais atividades, retornariam ao estado pré-constitucional, no qual não havia o reconhecimento da dignidade animal e a proteção máxima contra as práticas cruéis.⁹

Nesse sentido, o Prof. Dr. Vicente de Paula Ataíde Jr. leciona:

Portanto, o processo legislativo da emenda constitucional sequer poderia ter sido iniciado. As práticas cruéis contra animais estão

constitucionalmente interdadas e qualquer flexibilização representa retrocesso constitucional intolerável. Não importa se a prática é desportiva, se é manifestação cultural, se é registrada como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro ou se existe lei local regulamentando a atividade. Caso a prática implique em crueldade contra animais, está proibida pela ordem constitucional vigente, ainda que a lei local procure paliativos para reduzir a dor, a angústia e o sofrimento dos animais envolvidos.¹⁰

Ainda que não houvesse uma certeza científica quanto ao sofrimento dos animais submetidos a essas práticas, caberia a aplicação do Princípio da Precaução, nos mesmo termos usados no voto do Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento da ADIN n.º 4.983, in verbis:¹¹

A proteção dos animais contra a crueldade, que vem inscrita no capítulo constitucional dedicado ao meio ambiente, atrai a incidência do denominado princípio da precaução. Tal princípio significa que, na esfera de sua aplicação, mesmo na ausência de certeza científica, isto é, ainda que exista dúvida razoável sobre a ocorrência ou não de um dano, o simples risco já traz como consequência a interdição da conduta em questão. Com mais razão, deve este relevante princípio jurídico e moral indicar nas situações em que a possibilidade real de dano é inequívoca, sendo certo que existe inúmeras

⁷ Idem

⁸ Idem

⁹ Idem, *Ibidem*, p. 103.

¹⁰ Idem, *Ibidem*, p. 103.

¹¹ Vide voto completo disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311683661&ext=.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

situações de dano efetivo (grifo nosso).

O Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto, corrobora também desse raciocínio:¹²

Hoje, nesses dias turbulentos que experimentamos, o critério para se lidar com o meio ambiente deve ser "in dubio pro natura", homenageando-se os princípios da PRECAUÇÃO e do cuidado (grifo nosso).

Seguindo a linha do Ministro Barroso, o Ministro Marco Aurélio na parte final do seu voto, obsta a prevalência de valores culturais sobre a regra constitucional da proibição da crueldade:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão "crueldade" constante da parte final do inciso VII do § 10, do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a proteção ao meio ambiente.

Assim, em concordância com o Dr. Vicente de Paula Ataíde Junior, se a prática é cruel, [...] não há como

criar dispositivo – como a criada pela Emenda Constitucional 96 – simplesmente dizendo que não se considera cruel sob determinadas condições.¹³

Apesar disso, com o intuito de garantir a utilização dos animais em práticas de entretenimento, criou-se um movimento para a aprovação de leis que reconhecem atividades como patrimônio cultural e imaterial, a exemplo da lei nº 13.364/16 que visa elevar o Rodeio e a vaquejada como manifestações da cultura nacional e de patrimônio cultural imaterial, bem como a Lei 14.394/22 que alçou à qualidade de bem integrante do patrimônio cultural imaterial brasileiro a **competição de Freio de Ouro**.

Todavia, esta suposta condição de patrimônio cultural imaterial não deve ser levada em consideração, a fim de constituir patrimônio cultural imaterial, uma vez que essa qualificação não pode ser realizada meramente por lei. Isso porque o objeto material que foi "regulado" é da competência, apreciação, deliberação, e gestão, da Administração Pública, por meio do IPHAN (Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional), que faz parte da esfera da competência do Poder Executivo.

Nos termos do art. 2º, 1. da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, da UNESCO, de 2003,¹⁴ promulgada no Brasil pelo Decreto 5.753/2006, entende-se por patrimônio cultural imaterial, as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas – junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados – que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana.

Essa Convenção entende por salvaguardas "as medidas que visam garantir a viabilidade do patrimônio cultural imaterial, tais como a identificação, a documentação, a investigação, a preservação, a proteção, a promoção, a valorização, a transmissão – essencialmente por meio da educação formal e não-formal – e revitalização deste patrimônio em seus diversos aspectos." (art. 1º, 3.).

¹² Vide voto completo disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311683661&ext=.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2022.

¹³ Idem, *Ibidem*, p. 105.

¹⁴ A Convenção de Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial está disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/publicacao/Convencao_Salvaguarda_Patrimonio_Imaterial.pdf. Acesso em: 8 maio 2021.

De acordo com Vicente de Paula Ataíde Jr e Giseli Laguardia Cheim os Estados Partes da Convenção têm o dever de adotar as medidas necessárias para garantir a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território, dentre as quais identificar e definir os diversos elementos do seu patrimônio cultural imaterial, com a participação das comunidades, grupos e organizações não-governamentais pertinentes (art. 11), empreendendo esforços para designar ou criar um ou vários organismos competentes para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial presente em seu território (art. 13, b.).¹⁶

No âmbito constitucional brasileiro há expressa referência ao patrimônio cultural imaterial, quando o art. 216, caput, da Constituição de 1988, diz constituir "patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira"¹⁷

A Constituição Federal brasileira está alinhada com a Convenção da UNESCO quando impõe que ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, o dever de promover e proteger "o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação" (art. 216, § 1º).

Note-se que o registro do bem cultural é uma salvaguarda do patrimônio cultural expressamente acolhida pela Constituição Federal.

Deste modo, compete ao IPHAN, segundo o Decreto n.º. 3.551/2000, o processamento dos pedidos de qualificação das práticas culturais como integrantes do patrimônio cultural imaterial e o seu registro em livros próprios, bem como, a reavaliação periódica dos bens registrados.

Como se pode ver, o registro de um bem imaterial como patrimônio cultural brasileiro não é uma escolha política, mas uma atividade inerente à administração pública federal, constituindo em procedimento administrativo técnico de avaliação para a perfeita determinação do que é e do que não é patrimônio cultural imaterial brasileiro, do que deve e do que não deve ser objeto de salvaguardas.¹⁸

Por essa razão é que o reconhecimento dos bens imateriais que constituem o patrimônio cultural

brasileiro situa-se dentro das atividades tipicamente administrativas, ainda que vinculadas à consecução dos fins preconizados pela Convenção da UNESCO e pela Constituição Federal brasileira, sob a competência do IPHAN.¹⁹

Consequentemente, como o ordenamento jurídico nacional não atribui à atividade legislativa a tarefa de determinação dos bens que constituem o patrimônio cultural imaterial brasileiro, há verdadeira reserva de administração para tanto, a qual não pode ser violada sob pena de quebra do princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, Constituição).²⁰

Em outras palavras, a determinação do patrimônio cultural imaterial brasileiro não compete à Lei, nem ao Poder Legislativo, mas ao ato administrativo, realizado pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural do IPHAN.²¹

CONCLUSÃO

Mecanismos fisiológicos e comportamentais regulam as necessidades de um organismo. Quando impedimos os animais de executarem seus comportamentos naturais eles poderão desenvolver transtornos mentais. O reconhecimento de que os animais são considerados sencientes implica numa maior discussão sobre bioética e bem-estar animal. Precisa-se rever as condições de alojamento desses animais em locais empobrecidos, sem a possibilidade de manifestação dos comportamentos naturais.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE-JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 13, n. 3, p. 48-76, 2018. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768>. Acesso em: 1 fev. 2020

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. A afirmação histórica do Direito Animal no Brasil. *Revista Internacional de Direito Ambiental*. v. VIII, n. 22, jan.-abr. 2019, p. 295-332.

ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; CHEIM, Giseli Laguardia, O reconhecimento do patrimônio cultural

¹⁵ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; CHEIM, Giseli Laguardia, O reconhecimento do patrimônio cultural imaterial como competência do IPHAN. *Revista Consultor Jurídico*, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/opiniao-patrimonio-cultural-imaterial-brasileiro>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁶ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; CHEIM, Giseli Laguardia, O reconhecimento do patrimônio cultural imaterial como competência do IPHAN. *Revista Consultor Jurídico*, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/opiniao-patrimonio-cultural-imaterial-brasileiro>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Sobre a reserva de administração e o princípio da separação de poderes, consultar o importante precedente do Supremo Tribunal Federal em STF, 2ª Turma, RE 427.574-ED, Relator Ministro CELSO DE MELLO, unânime, julgado em 13/12/2011, publicado em 13/2/2012.

²¹ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula; CHEIM, Giseli Laguardia, O reconhecimento do patrimônio cultural imaterial como competência do IPHAN. *Revista Consultor Jurídico*, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/opiniao-patrimonio-cultural-imaterial-brasileiro>. Acesso em: 25 out. 2022.

imaterial como competência do IPHAN. *Revista Consultor Jurídico*, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/opiniao-patrimonio-cultural-imaterial-brasileiro>. Acesso em: 17 jun. 2022.

AUBERT, Anna Caramuru Pessoa; CHEIM, Giseli Laguardia. Preservar as espécies é o mesmo que proteger o sujeito animal? Uma reflexão a partir do enfoque de Christine Korsgaard e do ordenamento jurídico brasileiro. In: ROSARIO, Marcelle Coelho do; PEREIRA, Fernando Schell; AZEVEDO, Marco Antonio Oliveira de (Orgs.). *Anais do Simpósio Internacional Ética Animal em Ação*. Porto Alegre: Entrementes Editorial, 2023

ASSOCIATION, A. P. *DSM-5 - Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*. 5o ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BOWLBY, J. *Cuidados maternos e saúde mental*. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2006.

BRANDÃO, M. L.; GRAEFF, F. G. *Neurobiologia dos transtornos mentais*. São Paulo: Editora Ateneu, 2014.

BROOM, D. M. Animal welfare: concepts and measurement. *Journal of Animal Science*, v. 69, n. 10, p. 4167-4175, 1991. Disponível em: <https://academic.oup.com/jas/article/69/10/4167-4175/4705004>.

BROOM, D. M.; MOLENTO, C. F. M. Bem-estar animal: conceito e questões relacionadas: revisão. *Archives of Veterinary Science*, v. 9, n. 2, p. 1-11, 2004. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/veterinary/article/view/4057>.

BROOM, D. O comportamento animal e o bem-estar. *Albéitar*, v. 1, p. 32-38, 2005.

CRUVINEL, M.; BORUCHOVITCH, E. *Compreendendo a depressão infantil*. 1st ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

CNN News. "Sea World Orca Tilikum Dies". 2017. Acessado em 24 de agosto de 2020. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2017/01/06/us/sea-world-orca-tilikum-dies/index.html>

DARWIN, C. *A expressão das emoções no homem e nos animais*. Tradução de: Leon de Souza Lobo Garcia. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

DEL-CLARO, K.; PREZOTO, F.; SABINO, J. (ORGS.). *As distintas faces do comportamento animal*. 2nd ed. Campo Grande: UNIDERP, 2007.

DURHAM, E. R. Chimpanzés também amam: a linguagem das emoções na ordem dos primatas. *Revista de Antropologia*, v. 46, n. 1, 2003. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-77012003000100003&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt.

EDES, A. N.; WOLFE, B. A.; CREWS, D. E. Assessing stress in zoo-housed western lowland gorillas (*Gorilla gorilla*) using allostatic load. *International Journal of Primatology*, v. 37, n. 2, p. 241-259, 2016. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/s10764-016-9899-8>.

EMMONS, R. A.; DIENER, E.; LARSEN, R. J. Choice and avoidance of everyday situations and affect congruence: Two models of reciprocal interactionism. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 51, n. 4, p. 815-826, 1986. Disponível em: <http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/0022-3514.51.4.815>.

FELIPPE, P. A.; ADONIA, C. H. Conservação e bem-estar animal. In: Z. S. Cubas; J. C. R. Silva; J. L. Catão-Dias (Orgs.); *Tratado de Animais Selvagens*, 2007. São Paulo: Roca.

FIGUEIRA, I.; MENDLOWICZ, M. Diagnóstico do transtorno de estresse pós-traumático. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 25, n. suppl 1, p. 12-16, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462003000500004&lng=pt&tlng=pt.

FONSECA, S.; GENARO, G. Ocupação de espaço e comportamento de gatos domésticos mantidos em confinamento. *Archives of Veterinary Science*, v. 20, n. 1, p. 30-37, 2015.

FOWLER, M. E. Behavioral clues for detection of illness in wild animals: models in camelids and elephants. In: M. E. FOWLER; R. E. MILLER (Orgs.); *Zoo and wild animal medicine. Current Therapy*. 6th ed, p.33-49, 2008. St. Louis: Saunders Elsevier.

GRIFFIN, D. R.; SPECK, G. B. New evidence of animal consciousness. *Animal Cognition*, v. 7, n. 1, p. 5-18, 2004. Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/s10071-003-0203-x>.

HRDY, S. *Mother Nature. Maternal instincts and how they shape the human species*. New York: Ballantine Books, 2000.

HERON, J. S.G Habeas Corpus impetrado em favor do chimpanzé Suíça na 9ª Vara Criminal de Salvador (BA). *Revista Brasileira de Direito Animal*, May 2014 1(1) DOI: 10.9771/rbda.v1i1.10258

KING, J. E.; LANDAU, V. I. Can chimpanzee (*Pan troglodytes*) happiness be estimated by human raters? *Journal of Research in Personality*, v. 37, n. 1, p. 1-15, 2003. Disponível em:

<https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0092656602005275>.

Kuczaj, A.S.; Lauren E. Highfill; L.E. Radhika; N. Makecha; Byerly, H.C. Why Do Dolphins Smile? A Comparative Perspective on Dolphin Emotions and Emotional Expressions // S. Watanabe & S. Kuczaj (eds.) (2013), ! Emotions of Animals and Humans: Comparative Perspectives. New York: Springer.

LEACH, J. Psychological factors in exceptional, extreme and torturous environments. *Extreme Physiology & Medicine*, v. 5, n. 1, p. 7, 2016. Disponível em: <http://extremephysiolmed.biomedcentral.com/articles/10.1186/s13728-016-0048-y>.

MARTINS, R. de F. (2014). O respeitável público não quer mais animais em circos!. *Revista Brasileira De Direito Animal*, 3(4). <https://doi.org/10.9771/rbda.v3i4.10462>

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MCEWEN, B. S. Stress and hippocampal plasticity. *Annual Review of Neuroscience*, v. 22, n. 1, p. 105–122, 1999. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev.neuro.22.1.105>.

MELO, S. R. *Neuroanatomia - Pintar para Aprender*. São Paulo: Roca, 2010.

MOLENTO, C.F.M.; DAL PONT, G. DIAGNÓSTICO DE BEM-ESTAR DE PEIXES *Ciênc. vet. tróp.*, Recife-PE, v. 13, suplemento 1, p. 6-11 - agosto, 2010

MOLENTO, C.F.M.; DAL PONT, G. Bem-estar de peixes utilizados para consumo. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE CARNE, V. 2009, São Paulo, Anais do... São Paulo, p. 10-13, 2009.

OTTE, C.; GOLD, S. M.; PENNINX, B. W.; et al. Major depressive disorder. *Nature Reviews Disease Primers*, v. 2, n. 1, p. 16065, 2016. Disponível em: <http://www.nature.com/articles/nrdp201665>.

PIATO, D.A.L.; ROSEMBERG, D.B. Princípios éticos no uso do peixe-zebra como organismo-modelo na pesquisa científica. In: *Ética em pesquisa com animais e humanos: bem-estar e dignidade*. Editora Universidade do Passo Fundo. p. 63. 2014.

RUIZ, J. E.; BARBOSA NETO, J.; SCHOEDL, A. F.; MELLO, M. F. Psiconeuroendocrinologia do transtorno de estresse pós-traumático. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, v. 29, n. suppl 1, p. s7-s12, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462007000500003&lng=pt&tlng=pt.

SAPOLSKY, R. M. *Por que as zebras não têm úlceras?* São Paulo: Francis, 2007.

SCÁRDUA, S. S.; BASTOS, R.; MIRANDA, C. R. R. Temperamento em bubalinos: testes de mensuração. *Ciência Rural*, v. 39, n. 2, p. 502–508, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84782009000200029&lng=pt&tlng=pt.

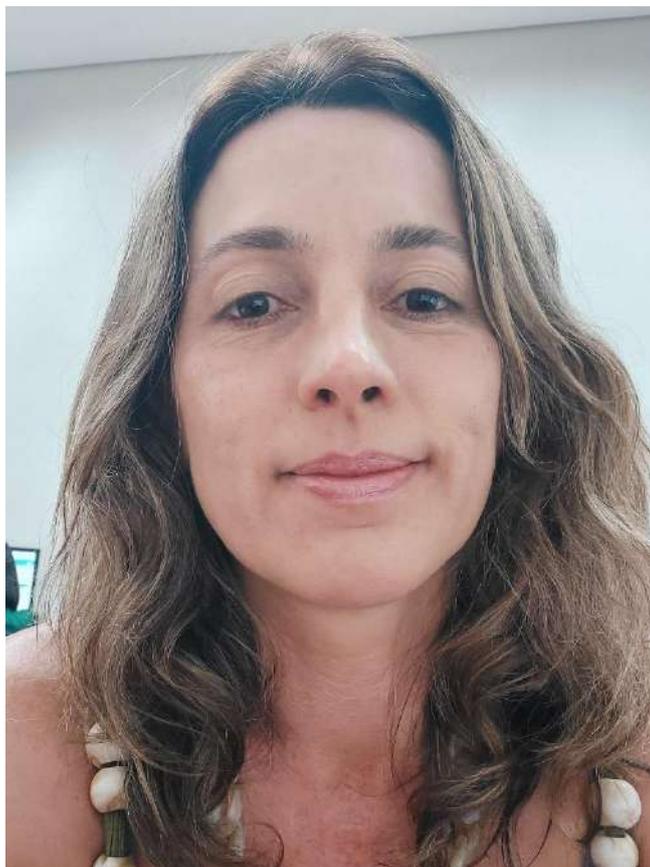
TUNG, J.; BARREIRO, L. B.; JOHNSON, Z. P.; et al. Social environment is associated with gene regulatory variation in the rhesus macaque immune system. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 109, n. 17, p. 6490–6495, 2012. Disponível em: <http://www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1202734109>.

WEBSTER, J. Animal welfare: freedoms, dominions and "a life worth living". *Animals*, v. 6, n. 6, p. 35, 2016. Disponível em: <http://www.mdpi.com/2076-2615/6/6/35>.

ZANONI, E.; HILGEMBERG, B.; MOREIRA, N. Estados comportamentais de equinos submetidos às provas de tambor e baliza. *Revista Acadêmica de Ciência Equina*, v. 1, n. 1, p. 27–35, 2017.

TEXTOS DE OPINIÃO

A GOVERNANÇA PÚBLICA NO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PARANÁ



Gisele Ferreira Sodré Antunes¹

A governança no setor público é um tema relativamente novo e que vem se espalhando para toda a Administração Pública, como forma de se obter melhores resultados, gerando confiança nos cidadãos, assim como eficiência e economicidade à coisa pública. Considera-se seu marco inicial no Brasil a partir da publicação do Decreto Federal nº 9.203/2017 (BRASIL, 2017), que determina a política de governança a ser adotada pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O Poder Judiciário vem dando os primeiros passos na adoção da governança, com base no modelo de governança e de boas práticas recomendado pelo Tribunal de Contas da União, em seu Referencial Básico de Governança (BRASIL, 2014). O presente estudo tem

¹ Mestre em Planejamento e Governança Pública pela Universidade Tecnológica do Paraná. Consultora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

como objetivo identificar os mecanismos e as práticas de governança pública adotadas pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná, em conformidade com o Referencial de Governança do TCU (2014), e alinhado também com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU) (OCDE, 2017), que busca colocar em prática os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e as 169 metas envolvendo temáticas diversas. Para tanto, realizou-se a pesquisa no período de 2021 a 2022, fazendo-se uso de uma abordagem qualitativa do tipo exploratória/descritiva, com base em documentos, atos normativos e informações obtidas no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Destaca-se que a autora é servidora pública no referido órgão, ocupando o cargo de Consultora Jurídica, sendo incentivada a realizar o estudo de caso não só pela afinidade com o tema, que é inclusive a linha de pesquisa pela qual optou – Governança e Planejamento Público –, como também pela importância que o tema representa para o aperfeiçoamento da gestão administrativa do Poder Judiciário. Dentre os resultados, cabe destacar o grande avanço do órgão na implementação da governança e seus princípios e mecanismos, com bons resultados na transparência, compliance, accountability, planejamento estratégico, gestão de riscos, que revelam que a instituição atingiu um bom nível de maturidade. No entanto, ainda existem pontos a serem superados, mas que já estão sendo trabalhados, especialmente no âmbito da gestão de pessoas e monitoramento da gestão, além da participação social. Conclui-se, assim, que o Poder Judiciário do Estado do Paraná pode ser utilizado como referência para os demais Tribunais quanto ao desenvolvimento da governança.

OBJETIVO GERAL

O objetivo geral da pesquisa é analisar a política de governança no âmbito normativo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

JUSTIFICATIVA

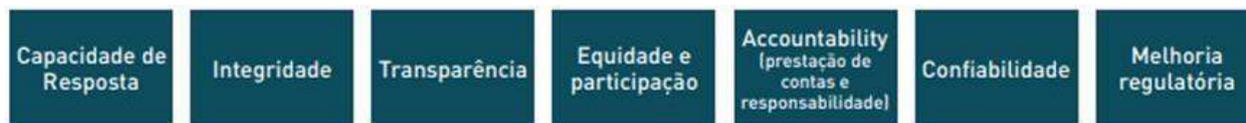
Diante da importância do tema governança judicial e da escassez de estudos no âmbito do Poder Judiciário é que surgiu o interesse da autora e a justificativa em realizar o presente trabalho, a fim de analisar a dinâmica de implementação da governança pública no Poder Judiciário, tendo como enfoque o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

PROBLEMA DE PESQUISA

O problema do estudo é saber quais os mecanismos e práticas de governança pública que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem adotado, à luz do TCU e da OCDE? PRINCÍPIOS DE GOVERNANÇA.

Serão analisados, neste trabalho, os princípios estabelecidos pelo Decreto nº 9.203/2017 (Brasil, 2017) e o TCU (Brasil, 2014), e a sua aderência pelo TJPR:

Figura 1 – Princípios de governança.



Fonte: autoria própria.

MECANISMOS E PRÁTICAS DE GOVERNANÇA

Segundo o TCU (BRASIL, 2014), a governança tem como seus pilares os mecanismos de liderança, estratégia e controle para promover a avaliação, direcionamento e monitoramento da atuação da gestão institucional.

Figura 2 – Governança organizacional pública.

Governança organizacional pública

| Mecanismos | LIDERANÇA | ESTRATÉGIA | CONTROLE |
|------------|---|--|--|
| Práticas | <ul style="list-style-type: none">• Estabelecer o modelo de governança;• Promover a integridade;• Promover a capacidade da liderança. | <ul style="list-style-type: none">• Gerir riscos;• Estabelecer a estratégia;• Promover a gestão estratégica;• Monitorar o alcance dos resultados organizacionais;• Monitorar o desempenho das funções de gestão. | <ul style="list-style-type: none">• Promover a transferência;• Garantir a accountability;• Avaliar a satisfação das partes interessadas;• Avaliar a efetividade da auditoria interna. |

Fonte: Referencial Básico de Governança Organizacional (BRASIL, 2020).

METODOLOGIA

Adotou-se, aqui, a pesquisa exploratória, também possuindo características do tipo descritiva, pois se destina essencialmente a delinear o estágio em que se encontra a governança no Poder Judiciário do Estado do Paraná, sendo ainda qualitativa, pois não há forma numérica, sendo utilizada uma forma indutiva para descrever a situação observada.

Quadro 1 – Aspectos da metodologia de pesquisa.

| | |
|--------------------------------|---|
| Quanto aos objetivos | Exploratória/Descritiva |
| Quanto aos procedimentos | Documental/Bibliográfica |
| Quanto à abordagem do problema | Qualitativa |
| Quanto à coleta de dados | Documentos externos, atos normativos, relatórios e informações extraídas do sítio do TJPR |
| Quanto ao local estudado | Tribunal de Justiça do Estado do Paraná |
| Quanto ao recorte temporal | Longitudinal, iniciando-se em 2021 até 2022 |
| Método adotado | Análise de conteúdo, com criação de categorias para a análise, conforme Bardin |

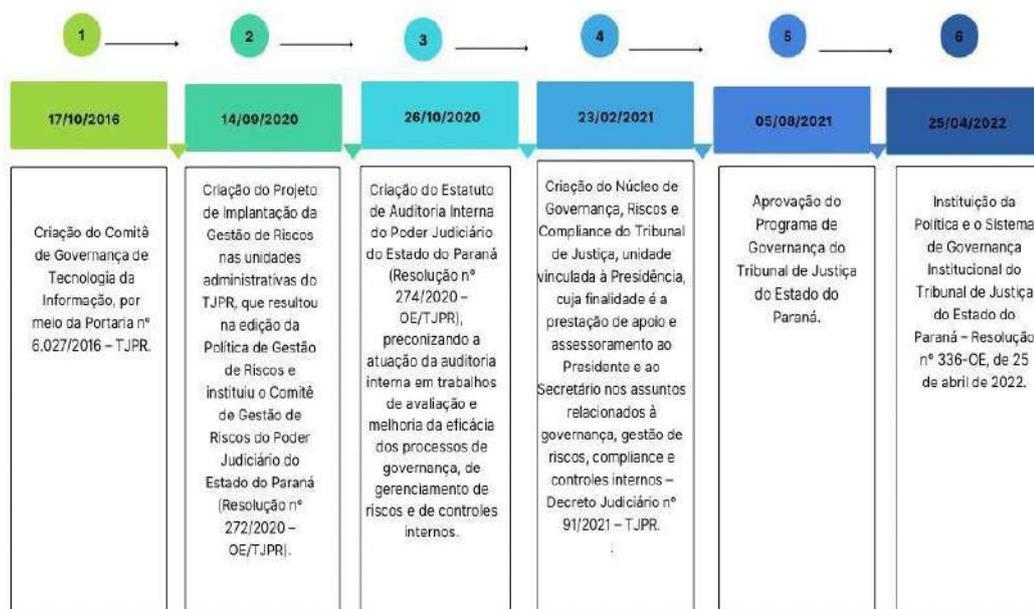
Fonte: autoria própria.

RESULTADOS E ANÁLISE

Antes de apresentar os resultados da pesquisa contendo as iniciativas de governança identificadas no TJPR, segue um breve histórico de sua governança institucional:

Figura 3 – Histórico de governança no TJPR.

Histórico da governança no TJPR



Fonte: Programa Institucional TJPR.

BOAS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA ADOTADAS PELO TJPR

Diante dos resultados encontrados nesta pesquisa e acima sintetizados, e considerando-se o objetivo geral buscado no presente estudo, faz-se necessário, ainda, trazer um quadro de boas práticas recomendadas pela OCDE e pelo Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública e Ações Indutoras de Melhoria, elaboradas pelo Tribunal de Contas da União, que estão presentes no TJPR. Assim, aqui se apresenta somente as ações finalizadas, divididas entre os mecanismos Liderança, Estratégia e Controle:

Quadro 3 – Boas práticas de governança adotadas pelo TJPR

| MECANISMO | CONCEITO NORTEADOR | PRÁTICAS FINALIZADAS |
|------------|---|--|
| LIDERANÇA | <p>São as pessoas responsáveis por tomar a frente em trâmites organizacionais e processos de trabalho (TCU, 2014).</p> <p>Compreende o conjunto de práticas de natureza humana ou comportamental exercidas nos principais cargos das organizações, para assegurar a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: a) integridade; b) competência; c) responsabilidade; e d) motivação (Decreto nº 9.203, de 2017).</p> | <p>Estabelecer o modelo de governança no TJPR, definindo cada uma das instâncias e suas respectivas responsabilidades</p> <p>Estabelecer o modelo de governança nas contratações</p> <p>Estabelecer o modelo de governança de Tecnologia da Informação (TI)</p> <p>Elaborar Código de Ética e Conduta</p> |
| ESTRATÉGIA | <p>A estratégia é o diálogo entre as partes, que se dá por meio da escuta das demandas, avaliação do ambiente interno e externo da organização, definição do alcance da estratégia, monitoramento de objetivos de curto, médio e longo prazo quanto seu alinhamento à estratégia (TCU, 2014).</p> <p>Compreende o conjunto de diretrizes, objetivos, planos e ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre organizações e partes interessadas, para que os serviços e produtos de responsabilidade da organização alcancem o resultado pretendido (Decreto nº 9.203, de 2017).</p> <p>Exemplo de estratégias: a) estratégia de construção de confiabilidade e credibilidade; b) estratégia de implementação; c) estratégias de identificar as diretrizes, os objetivos, os planos e as ações, além de critérios de priorização e alinhamento entre as organizações e partes interessadas (CASA CIVIL, 2018).</p> | <p>Definir a estratégia e monitorá-la</p> <p>Prestar contas às partes interessadas</p> <p>Comunicar a Auditoria Interna acerca da estratégia</p> |
| CONTROLE | <p>O controle considera os riscos da boa governança, fazendo-se necessários princípios da transparência e accountability, pois são essenciais à prestação de contas e às ações Da governança pública (TCU, 2014).</p> <p>Compreende processos estruturados para mitigar os possíveis riscos com vistas ao alcance dos objetivos institucionais e para garantir a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das atividades da organização, com preservação da legalidade e da economicidade no dispêndio de recursos públicos (Decreto nº 9.203, de 2017).</p> <p>Para Cruz e Marques (2013), a governança envolve conjugação de transparência nas transações.</p> <p>Para Mello e Slomski (2010), a governança consiste em promover mecanismos que possibilitem a participação da sociedade no planejamento, na decisão e no controle das ações que permitem atingir o bem comum.</p> | <p>Promover capacitação e melhoria contínua da Auditoria Interna</p> <p>Elaborar o Manual de Gestão de Riscos do PJPR</p> <p>Reformular o Portal da Transparência</p> <p>Estabelecer Canal de Denúncias</p> <p>Promover a capacitação e divulgação do gerenciamento de riscos</p> <p>Promover a transparência Ativa e Passiva</p> <p>Fortaceler o Sistema de Controle Interno e o Modelo das Três linhas</p> |

Fonte: autoria própria.

RECOMENDAÇÕES PARA O APERFEIÇOAMENTO DA GOVERNANÇA PÚBLICA NO TJPR

Não obstante os passos já alcançados pelo TJPR quanto à governança pública, apontam-se aqui algumas sugestões para o seu aperfeiçoamento, sem que isso se traduza em pontos negativos, mas apenas em melhorias.

Quadro 4 – Oportunidades de aperfeiçoamento pelo TJPR quanto ao mecanismo Liderança.

| Recomendação | Motivo | Unidades Responsáveis |
|---|---|----------------------------|
| Agrupar, dentro do Núcleo de Governança, Riscos e Compliance do TJPR, as instâncias/unidades que tratam de temas relacionados diretamente à governança, definindo os seus papéis. | Tem o objetivo de alinhar as ações em relação ao tema governança, bem como elevar a sinergia necessária à entrega de valor pretendido pela Administração, a exemplo da gestão estratégica, gestão de riscos e governança. | NGRC /Alta Administração. |
| Ampliar o Núcleo de Governança/ Riscos e Compliance (NGRC). | Diante da vastidão do tema e do órgão, seria interessante avaliar uma subdivisão do Núcleo por eixos – ex. Núcleo de Governança das Contratações/ da TI/de Gestão de Pessoas/ de Riscos. | NGRC / Alta Administração. |
| Agrupar o NGRC dentro da estrutura do Departamento do Planejamento. | Em razão da afinidade dos assuntos, como forma de otimizar as informações e ações a serem praticadas. | NGRC /Alta Administração. |
| Ampliar os integrantes da instância interna de governança, com inclusão das Consultorias Jurídicas. | Diante das atribuições de defesa institucional e do controle da legalidade pelas Consultorias Jurídicas do órgão, responsáveis pela 2ª linha de defesa, é indicado que integrem a instância de apoio da Governança. | NGRC /Alta Administração. |

| | | |
|---|--|---|
| Reavaliar os papéis dos Departamentos e demais unidades administrativas, bem como manutenção de Comissões instituídas pelo Regimento Interno do TJPR. | O objetivo é analisar a viabilidade do aproveitamento dessas estruturas dentro de um sistema de governança, com busca de maior efetividade e aproveitamento dos servidores | Todos os Departamentos e a Alta Administração |
| Reavaliar a forma de recrutamento dos servidores com cargos gerenciais e forma de provimento. | A finalidade é a de prestigiar a meritocracia, garantindo que os cargos gerenciais sejam preenchidos pelas pessoas qualificadas e com as competências certas. | Departamento de Recursos Humanos e Alta Administração |
| Mapear os processos de trabalho. | O mapeamento dos processos organizacionais permite os processos sejam executados de forma eficiente, identificando aqueles que necessitam de mudanças. | Departamento de Recursos Humanos e Alta Administração |
| Investir em um Programa de Capacitação dos Servidores, com a criação de um banco de talentos, e o Programa de Desenvolvimento de Lideranças. | Melhorar a qualidade do serviço e a satisfação dos colaboradores. | Departamento de Recursos Humanos e Alta Administração |
| Normatizar o plano de transição dos dirigentes. | O objetivo é dar continuidade aos projetos institucionais, sem que haja interrupções e comprometimento dos trabalhos já realizados. | Departamento de Recursos Humanos, NGCR e Alta Administração |

| | | |
|--|---|--------------------|
| Estabelecer mecanismo de participação social na escolha de suas lideranças | O objetivo é aumentar a participação social na gestão do órgão e promover o Governo Aberto, nova visão da Administração Pública, do qual o Brasil é participante de modo a prezar pela participação da sociedade e colaboradores no processo de tomada de decisões e formulação de políticas. | Alta Administração |
|--|---|--------------------|

Fonte: autoria própria.

Quadro 5 – Oportunidades de aperfeiçoamento pelo TJPR quanto ao mecanismo Estratégia.

| Recomendação | Motivo | Unidades Responsáveis |
|---|---|--|
| Avaliar anualmente a necessidade de Revisão do Planejamento Estratégico, contando com a colaboração dos servidores e sociedade. | As mudanças administrativas são constantes, em razão das METAS NACIONAIS editadas pelo CNJ. | Departamento do Planejamento e Alta Administração. |

Fonte: autoria própria.

Quadro 6 – Oportunidades de aperfeiçoamento pelo TJPR quanto ao mecanismo Controle.

| Recomendação | Motivo | Unidades Responsáveis |
|---|--|---------------------------|
| Promover o Programa de Integridade. | Medida voltada para a prevenção, detecção, punição e remediação de fraudes e atos de corrupção, possuindo caráter preventivo, objetivando a diminuição de riscos de ilícitos. | NGRC/Alta Administração. |
| Ampliar a participação social e dos colaboradores, como um todo, com pesquisas de satisfação sobre a prestação dos serviços | A participação social consolida a governança, pois só assim se legitimam as ações práticas. | NGRC e Alta Administração |
| Aperfeiçoar o portal da internet do Tribunal, com criação de espaço de destaque para as mídias sociais e espaço interativo para responder, em tempo real, às dúvidas dos cidadãos, advogados e interessados. Também sugere-se que tenha caminhos de navegação e layout mais criativo. | O objetivo é dar maior visibilidade às mídias sociais e oportunizar a maior participação social. Também tem o propósito de facilitar o acesso do cidadão e jurisdicionado ao buscar uma informação | Alta Administração |
| Aperfeiçoar o Portal da Governança, | Tem por finalidade apresentar informações atualizadas sobre a governança no TJPR | Alta Administração |
| Aperfeiçoar o Observatório de Dados do Planejamento Estratégico, para que tragam informações em tempo real e sejam destacados no Portal do TJPR | A medida trará maior transparência e facilitará a busca de informações | Alta Administração |

Fonte: autoria própria.

CONCLUSÃO E CONTRIBUIÇÕES DA PESQUISA

Os estudos revelaram que o Poder Judiciário do Estado do Paraná vem, paulatinamente, introduzindo a governança pública, suas práticas e mecanismos em sua estrutura administrativa, destacando a importância do planejamento, da capacitação dos seus servidores e do controle, seja ele interno e externo, seja ele social.

Em relação ao mecanismo Liderança, observou-se que o sistema de governança seguiu o Referencial quanto às instâncias internas e externas.

A governança das contratações tem avançado, com destaque para a apresentação do Plano de Logística Sustentável.

No entanto, nesse mecanismo, precisa avançar no que se refere à padronização dos modelos de trabalho, bem como alinhar o fluxo de trabalho a ser adotado em cada unidade.

No que diz respeito ao mecanismo Estratégia, está bem avançado, com a edição do Plano Estratégico, que já contempla, como um dos seus Objetivos, o aperfeiçoamento de gestão administrativa e fortalecimento da governança institucional.

Quanto ao último mecanismo – o Controle –, verifica-se que o TJPR está em estágio avançado, com a unidade própria de controle interno, além da criação do Núcleo de Governança, Riscos e Compliance. Em relação a este último, dada

a sua ampla atuação, sugere-se que seja dividido em Núcleos por matérias, com a ampliação de seus componentes, dentre eles Consultores Jurídicos do órgão. O TJPR deu destaque à participação social com a instituição de um Canal de Denúncias, por meio da Ouvidoria. No entanto, é preciso avançar mais e implementar consultas públicas sobre a prestação dos serviços, bem como maior oitiva dos seus stakeholders.

Destaca-se que o presente trabalho serviu não só como um estudo acadêmico e profissional, mas também para o fim de contribuir para o avanço do tema governança pública no âmbito do Poder Judiciário não só do Paraná, como dos demais tribunais, com uma Administração eficiente, transparente e responsiva, que coloque o cidadão como protagonista dos processos políticos.

Conclui-se que o Programa de Governança Institucional do TJPR trouxe avanços significativos na organização da instituição, além de possibilitar aos cidadãos o acompanhamento e controle social de suas ações, seja pelo Portal da Transparência, seja pelo Observatório de Dados do TJPR.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, Brasília, 2017. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=9203&ano=2017&ato=f10ATVU1UeZpWT9c4.cESSO>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública. Versão 2 – Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Governança Institucional. 2021. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/web/governanca-institucional>. Acesso em: 1 mar. 2023.



ISSN 2675-9403