

(ORGS.)
DANIELLA BERNUCCI PAULINO
RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JR

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS



EXPERT
EDITORA DIGITAL

O presente livro é fruto do trabalho dos discentes da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e tem por objetivo perquirir quais seriam os limites que a administração pública, no afã de proteger legítimos interesses da coletividade, não poderia ultrapassar, sob pena de configurar-se inaceitável e excessiva ofensa à liberdade individual. Os autores, todos integrantes de projetos de pesquisa instituídos no âmbito da PUC Minas, discorreram sobre tal temática, abordando-a pelas mais diversas óticas e perspectivas, jurídicas, sociológicas e filosóficas. Percebe-se, pela leitura dos trabalhos, que a complexa e tênue linha entre o interesse individual e o interesse coletivo, ambos constitucionalmente tutelados, não é estável e seus contornos são continuamente rediscutidos e redefinidos. Percebe-se, ainda, que esta obra, elaborada com o intuito de encontrar algum equilíbrio, pretende lançar luzes sobre tal discussão, sem apresentar, contudo, a pretensão de esgotá-la.



ISBN 978-65-89904-81-6



9 786589 904816 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS





Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini

Professora Associada IV e membro do corpo permanente do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

Dra. Amanda Flavio de Oliveira

Professora associada e membro do corpo permanente do PPGD da faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Dr. Francisco Satiro

Professor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP – Largo São Francisco

Dr. Henrique Viana Pereira

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas.

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Leonardo Gomes de Aquino

Professor do UniCEUB e do UniEuro, Brasília, DF.

Dr. Luciano Timm

Professor da Fundação Getúlio Vargas - FGVSP e ex Presidente da ABDE (Associação Brasileira de Direito e Economia)

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Dra. Renata C. Vieira Maia

Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior

Professor Adjunto na PUC Minas e na Faculdade de Direito Milton Campos, vinculado ao Programa de Mestrado.

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/MG

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão:Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

JR, Rodolpho Barreto Sampao (Org.)

Título: Direitos Fundamentais e as Relações Privadas - Belo Horizonte - Editora Expert - 2022.

Organizador: Rodolpho Barreto Sampao Jr.

ISBN: 978-65-89904-81-6

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito civil 2. administração Pública 3. Direitos Fundamentais I. I. Título.

CDD: 342.1

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



EXPERT
EDITORA DIGITAL

ORGANIZAÇÃO

DANIELLA BERNUCCI PAULINO

Doutora em Direito Privado. Professora Adjunta na PUC Minas.
Coordenadora da Pós-graduação lato sensu da PUC Virtual. Advogada.

RODOLPHO BARRETO SAMPAIO JR.

É doutor em Direito, Professor Adjunto na PUC Minas e no PPGD da Faculdade Milton Campos, membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC e do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG e Procurador do Estado de Minas Gerais.

SUMÁRIO

Mulheres e mercado de trabalho: aplicação dos direitos fundamentais, desafios, desigualdades e liderança feminina no âmbito privado9

Alana Laura Ferreira Vilaça, César Felipe da Costa Cruz, Janaína de Alvarenga Silva Carvalho

Vacinação obrigatória vs. a liberdade individual: É constitucional restringir alguns direitos de liberdade em virtude das restrições sanitárias/sociais e da vacinação em massa contra o Covid-19?29

Laura Camilo da Silva

A liberdade de expressão na era digital47

Keillor Xarif de Paula Silva

A inconstitucionalidade da fixação de período de carência, por fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, para a cobertura de atendimentos médico-hospitalares de urgência e de emergência, à luz da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais71

Vinícius Fernandes Reis

Reflexos da vacinação obrigatória no âmbito das relações trabalhistas99

Marcelo Victor de Souza

O processo constitucional e a exclusão de usuários das redes sociais121

Evandro Neto Teixeira Medeiros

Vacinação obrigatória: o necessário balanceamento entre o interesse público e o interesse particular147

Daniella Bernucci Paulino, Rodolpho Barreto Sampaio Jr.

A obrigatoriedade da vacinação155
Michelle Cristina Vitor Marçal

MULHERES E MERCADO DE TRABALHO: APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DESAFIOS, DESIGUALDADES E LIDERANÇA FEMININA NO ÂMBITO PRIVADO

Alana Laura Ferreira Vilaça

César Felipe da Costa Cruz

Janaína de Alvarenga Silva Carvalho

RESUMO: Neste artigo, realizou-se uma linha histórica sobre a evolução da mulher perante a sociedade brasileira, os direitos conquistados, seus desafios no mercado de trabalho no decorrer dos séculos, as lutas diárias pela igualdade salarial e pelo espaço no mercado de trabalho.

Também foram apresentadas as garantias reforçadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e pela Constituição de 1988, em que se propõe uma estabilidade maior para as mulheres no mercado de trabalho e uma isonomia entre os gêneros.

A partir de análises e fatos consistentes verifica-se a desigualdade de gênero em âmbito privado, sendo possível perceber que a erradicação da desigualdade de gênero nesse meio ainda é lenta, com poucas mulheres em cargos de liderança, mesmo com dados comprovando a eficácia e desenvoltura feminina para liderar equipes e grandes empresas.

Ademais, serão abordados os desafios em relação ao âmbito privado e o êxito da liderança feminina em tempos pandêmicos, citando as grandes lideranças em meio a COVID-19. Além de destacar as mulheres de referência, nas quais se encontram em grandes cargos, mesmo com as dificuldades sociais.

Por fim, será analisada no artigo a forma de aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado, referenciando as teorias da eficácia mediata ou indireta e imediata ou direta dos direitos fundamentais e a forma de aplicação nas relações privadas de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; âmbito privado; desigualdade de gênero; ascensão feminina.

INTRODUÇÃO

O tema a ser desenvolvido irá abordar as dificuldades das mulheres para liderar grandes empresas, abordando as desigualdades de gênero e no mercado de trabalho em destaque ao âmbito privado. Durante os séculos, a mulher foi conquistando espaço na sociedade, mostrando seu valor e sua competência, buscando uma igualdade de gênero.

O artigo realiza críticas referente a posição de mulheres em grandes empresas e a diferença de salários em cargos importantes, onde, na maioria das vezes, é definido conforme o gênero.

A partir das garantias apresentadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) foi destacado que as mulheres têm seus direitos iguais aos homens em relações de trabalho, através de várias conquistas bem anteriores datadas de 1943 que defendiam a proteção do trabalho da mulher. Na Constituição, artigos entram em defesa da isonomia, com igualdade de gênero seja na vida civil, da família ou do trabalho, direito social ao trabalho, licenças à gestante sem qualquer prejuízo, até mesmo a licença maternidade.

Também foram apontadas as grandes lideranças femininas na pandemia de COVID-19, que, de acordo com pesquisas realizadas por diversas revistas e artigos, foram eleitas como ótimas líderes em tempos de crise.

Por fim, serão analisados como os direitos fundamentais são aplicados no âmbito privado, quais são os direitos garantidos e os que precisam de uma maior aplicabilidade, analisando as teorias da eficácia mediata ou indireta e imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e as decisões jurídicas brasileiras adotadas nas relações de trabalho.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES NO MERCADO BRASILEIRO

Em nossos tempos, a temática “mulheres e mercado de trabalho” persiste como questionamento, debate, luta.

O tema perpassa pelo próprio repensar do papel social e cultural das mulheres – repensar, diga-se, muito impactado ou compartimentado em aspectos históricos da conquista das Américas e da forma de colonização do que se tornou, tempos depois, o Estado brasileiro.

Dados estatísticos revelam a cada dia uma realidade distinta dos comandos jurídico-normativos protetivos da mulher no mercado de trabalho, notadamente se considerarmos o recorte que pretendemos fazer para reflexões específicas, centradas no Estado brasileiro: diferença salarial em relação aos homens, discriminação no desempenho de certas atividades profissionais, impedimentos para maior presença em cargos de liderança, assédios morais e sexuais no ambiente de trabalho.

Nessa perspectiva, é importante, primeiro, identificar os comandos jurídico-normativos protetivos da mulher no mercado de trabalho brasileiro para, então, refletirmos em que tais medidas e comandos falham ou são insuficientes, na prática.

A partir do referencial da Constituição da República de 1988, não se negam muitas as conquistas definidoras de direitos fundamentais expressos e implícitos ao longo do texto constitucional, alcançando também previsões outras, em tratados internacionais de direitos humanos, como sinaliza a norma do artigo 5º, § 2º.

Ditas previsões alinham-se com o modelo democrático de direito buscado para o Estado brasileiro, nos moldes dos artigos 1º a 4º do texto constitucional, em seus princípios fundamentais, objetivos fundamentais e propósitos nas relações internacionais.

No que interessa ao presente artigo, merece destaque a menção, desde o preâmbulo constitucional (antes, pois, das normas constitucionais em si), à igualdade entre os valores de uma “sociedade

fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Evidencia-se ainda, dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, o de negativa a toda forma discriminatória (artigo 3º, inciso IV).

Se não bastasse, há a previsão do princípio da isonomia, de modo a inaugurar o rol específico de direitos individuais, como se depreende do artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988, *on-line*). Por este princípio, sinalizam-se impedimentos a distinções injustificáveis, discriminações, de modo que se enfatiza a igualdade formal de tratamento a todos os seres numa dada categoria (NOVELINO, 2010, p. 393).

O artigo 5º, inciso I, retrata, por sua vez, o tratamento isonômico entre homens e mulheres em direitos e deveres. Diferenciações são admissíveis para minimizar os desníveis, tão somente. Cuida-se, enfim, da consagração constitucional à igualdade material entre homens e mulheres, ao lado da igualdade formal já amparada a todos no *caput* do mesmo artigo 5º.

Mais adiante, o artigo 7º, incisos XXX e XXXI, externa, no viés de direitos fundamentais sociais aos trabalhadores urbanos e rurais, regras proibitivas de meras diferenciações, a exemplo da diferença salarial, da diferenciação do exercício de funções, com base em sexo, idade, cor, estado civil, entre outros fatores.

Diante do preâmbulo e dos citados dispositivos da Constituição da República de 1988, reforça-se o alinhamento do Estado democrático de direito brasileiro à isonomia e, daí, à conclusiva imprescindibilidade do tratamento isonômico entre homens e mulheres no plano jurídico-normativo, mas, também, em políticas públicas.

Direitos fundamentais trabalhistas da mulher, muito antes conquistados, com maior relevo, por força do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT) – seu capítulo III é dedicado à proteção do trabalho da mulher (artigos 372 a 401), com trato da duração, condições do trabalho e da discriminação contra a mulher, do trabalho noturno, da proteção à maternidade etc. – são reafirmados e ampliados na Constituição da República de 1988, pela não-discriminação e igualdade

de gênero: “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (artigo 7º, inciso XVIII), viabilizada a prorrogação por 60 (sessenta) dias, na forma da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008; “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” (artigo 7º, inciso XX); “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (artigo 7º, inciso XXX).

Ditos direitos, então extraídos das normas do artigo 7º, incisos XVIII, XX, XXX, também alcançam as servidoras públicas em cargos públicos de provimento efetivo, na linha do que dispõe o artigo 39, § 2º, do texto constitucional.

Importante, ainda, a regulamentação da categoria dos trabalhadores domésticos, categoria em maior parte formada por mulheres. Pela redação do parágrafo único do artigo 7º do texto constitucional, na redação dada pela Emenda à Constituição nº 72, de 2013, asseguraram-se à categoria importantes direitos fundamentais trabalhistas, como a licença-maternidade a proibição de diferenças salariais, de exercício de funções e de critério de admissão pautada no sexo, na idade, na cor ou no estado civil. Confira-se na íntegra do parágrafo único:

Art. 7º (...)

(...) os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 72, de 2013) (BRASIL, 1988, *on-line*).

No ponto, a Emenda à Constituição nº 103, de 2019, trouxe expressivas alterações, com repercussão às mulheres, em muitas situações, tornando mais dificultoso, por que não, mais distante o gozo do benefício específico de aposentadoria. Seriam alterações colidentes com o tratamento isonômico entre homens e mulheres?

A indagação, porém, não será aqui enfrentada. É levantada para reflexão de que os direitos fundamentais da mulher no mercado de trabalho permeiam campos outros, também de cunho fundamental, como a previdência social. Se não bastasse, denota a necessidade de previsão de normas, ainda mais de *status* constitucional como as advindas de uma emenda à Constituição, desde que preserve e amplie direitos fundamentais, mas nunca para distorcê-los.

O último aspecto, de vinda de normas para preservação e ampliação de direitos fundamentais, estende-se, obviamente, ao plano infraconstitucional.

Exemplo da ampliação é percebido na Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, por nós mencionada neste mesmo tópico.

Outra foi a posição adotada, no ano de 2017, ao tempo da chamada “Reforma Trabalhista”, por exemplo. De fato, nos moldes do artigo 394-A da CLT, introduzido pelo artigo 1º da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, alteraram-se algumas normas protetivas às mulheres no mercado de trabalho. Uma dessas alterações previa, nos incisos II e III, a possibilidade de gestantes e lactantes se afastarem do trabalho em locais insalubres mediante apresentação de atestado por “médico de confiança da mulher”.

A alteração legislativa não vingou felizmente. O Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar procedente o pedido formulado na ADI nº 5938/DF, em 29 de maio de 2019, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, declarou inconstitucional a expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT.

A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO E SEUS DESAFIOS

Desde as primeiras civilizações o homem ficou responsável pela família e a vida social em uma sociedade patriarcal, as mulheres sempre foram subjugadas como frágeis, ficando sempre a mercê das atividades de casa, papel de mãe e esposa, uma sociedade em que as divisões de trabalho eram separadas por critérios físicos ou biológicos. Sendo assim sempre foram impedidas de ocupar posições de destaque na sociedade, até mesmo como chefes de família, em uma sociedade machista (SILVA, RODRIGUES E QUEIROZ, 2017, p. 268 e 269).

A divisão de trabalho para “homem” ou “mulher” nasceu junto com a família, de acordo com Rousseau (2005, p. 64), a mulher ficou sujeita a cuidar da família e o homem ficou responsável de ficar à procura da defesa da subsistência comum.

Apenas no século XVIII a mulher começou a ocupar outros lugares além do lar com a diminuição do sistema feudal, com a necessidade de as mulheres trabalharem para garantir a subsistência da família e assim foram liberadas para que pudessem realizar trabalho remunerado, porém, ainda muito desvalorizadas e mal pagas. Então, somente no século XIX em plena revolução industrial as mulheres começaram a ocupar o mercado de trabalho de maneira considerável, todavia, a desigualdade de gênero era alta e os salários incompatíveis e muito menores que os dos homens, podendo trabalhar 15 horas por dia (SILVA; RODRIGUES; QUEIROZ, 2017, p. 269).

As mulheres começaram a reivindicar por seus direitos básicos e igualdade salarial, as operárias começaram a participar de movimentos como lutas e greves na Europa e nos Estados Unidos, que apesar de tantas manifestações e dificuldades um triste acontecimento levou 29 mulheres a morte em um incêndio na cidade de Nova York, depois de serem trancadas. Somente durante a primeira e segunda guerra mundial a mulher foi inserida no mercado de trabalho, pois, os homens saíram de casa para as batalhas e as mulheres tomaram frente da família e postos de trabalho, assim, os estereótipos começaram a se extinguir, visto que as mulheres podiam realizar atividades

“masculinas”. Porém, quando os homens sobreviventes da guerra voltaram as mulheres tiveram que voltar ao lar, voltando à luta de conquistar seu lugar e independência financeira (SILVA; RODRIGUES; QUEIROZ, 2017, p. 269).

No Brasil apenas após a segunda guerra a mão de obra feminina começou a crescer, movimentos feministas, sociais e políticos, junto com o crescimento do uso de contraceptivos no país, reduzindo a fecundidade e oferecendo autonomia às mulheres. O capitalismo e seu crescimento aumentou a sede de liberdade das mulheres (SILVA, RODRIGUES E QUEIROZ, 2017, p. 270). Em perspectiva marxistas, teorias feministas do capitalismo perpetuam a dominação masculina no mercado de trabalho, causando diferença sexual em cargos por meio violento. Restaram as mulheres o papel restrito ao lar deixando liberdade para o homem no mercado de trabalho ou no meio público, sendo necessárias mudanças radicais, a fim de destruir essa hierarquia do meio sociocultural (MILTERSTEINER; OLIVEIRA; HRYNIEWICZ, *et al*, 2020, p. 406).

Na hierarquia das atuais empresas privadas quanto mais alto os cargos menos mulheres são encontradas, e mesmo que alcancem cargos altos, homens com o mesmo cargo ganham consideravelmente mais, trazendo a vista a desigualdade de gênero, desrespeitando o art. 5 da Constituição Federal de 1988, onde se defende em seu *caput* que todos somos iguais perante a lei, e em seu inciso primeiro fica ainda mais explícito o exposto de que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”.

A desigualdade de gênero no mercado de trabalho brasileiro se organiza baseando-se com as mulheres em atividades relacionadas tradicionalmente ao sexo feminino, trazendo grandes desigualdades de salário.

De acordo com a desigualdade houve uma pequena redução nos últimos anos em quesito salarial devido às crises econômicas, tal diminuição é considerada uma condição necessária para o desenvolvimento econômico e social, consolidando os direitos de cidadania. O setor público é responsável por grande parte da

diminuição da desigualdade, visto que há uma maior equidade salarial e ocupacional entre homens e mulheres.

A DESIGUALDADE DE GÊNERO EM GRANDES EMPRESAS

A desigualdade de gênero é algo recorrente e presente na atualidade desde os primórdios, onde são estipuladas funções para o gênero masculino e feminino, caracterizados com forma pejorativa “isso é serviço para homem” ou até mesmo “isso é serviço de mulherzinha”. Essa desigualdade não está presente somente nos serviços de casa, mas, também, principalmente no âmbito de trabalho, no qual os cargos são filtrados conforme o gênero “melhor visto” para determinados cargos.

Contudo, no decorrer dos séculos, principalmente durante a industrialização, que teve início no século XIX, pode-se observar uma grande evolução de mulheres ganhando mais espaço em posições importantes e questionando o patriarcado social. Além disso, as mulheres ganharam maior autonomia em relação a sua vida, sendo extinta, por exemplo, o artigo do Código Civil de 2002, que utilizava como motivo para a separação matrimonial o fato da mulher manter relações sexuais antes do casamento.

Apesar da grande evolução que tivemos durante os séculos, essa realidade ainda não é muito comum em nossa sociedade, devido à desigualdade de gênero observada no ambiente de trabalho. Segundo pesquisa realizada pela Fortune, em sua lista anual em 2020, apenas 7,4% das empresas listadas têm mulheres sob direção. Além disso, um estudo feito pela Catho (2020) mostra que, mulheres em cargos de liderança, tendem a ganhar cerca de 23% a menos que homens e que, o cargo que as mulheres possuem um maior salário é de assistente.

Desta forma, observa-se que a desigualdade de gênero no mercado de trabalho ainda é alta, sendo filtrado e definido funções características para homens e mulheres.

ASCENSÃO FEMININA: LIDERANÇA FEMININA EM MEIO A PANDEMIA

Durante o século XX, a mulher teve grande importância social, devido às grandes guerras que ocorreram no mundo, onde os homens saíam para guerrear enquanto elas ficavam à frente de suas famílias, promovendo o sustento e a educação dos filhos, algo caracterizado como papel do homem pela sociedade.

A partir desse momento, a mulher começou a buscar seus direitos e ganhando espaço em momentos marcantes na história, como a grande cientista Marie Curie (1867 – 1934), que, foi a primeira mulher a ganhar o Prêmio Nobel da paz por duas vezes, em 1903 e 1911, onde teve grande importância na Primeira Guerra Mundial ao inventar o primeiro carro radiologista, de modo a atender os soldados feridos na guerra, para realizar os exames de raios-x.

Porém, mesmo após a grande ascensão feminina no decorrer dos séculos, ainda se observa uma desigualdade referente a mulheres em cargos de liderança. Contudo, segundo uma pesquisa levantada pela empresa de auditoria Grant Thornton, Women in Business 2021, mostrou que o Brasil teve avanço em relação aos cargos de liderança ocupados por mulheres. Devido à pandemia de Covid-19, os cargos de liderança ocupados por mulheres tiveram um aumento de mais de 5% e, atualmente, representam 39% das empresas do país. Desta forma, o Brasil passou para a terceira posição no ranking global realizado pela empresa.

Além disso, segundo pesquisas, as mulheres são melhores líderes durante a pandemia enfrentada em 2020. De acordo com artigo publicado pela Harvard Business Review Home, as figuras femininas, como a primeira-ministra da Nova Zelândia, Jacinda Arden, foram de suma importância para o combate da crise econômica e sanitária enfrentada pelo mundo.

Os dados apontados pelo artigo “Research: Women are better leaders during a crisis”, escritos pelo CEO e o presidente da Zenger/Folkman, respectivamente, Jack Zenger e Joseph Folkman, mostram

que as mulheres foram classificadas positivamente em 13 de 19 requisitos avaliados, comprovando a grande eficácia da liderança feminina.

Segundo tradução do artigo supracitado, realizado pela revista Marie Claire, em 2020, “O nível de engajamento daqueles que trabalham para líderes homens estava um pouco abaixo da média, mas as pontuações de engajamento para os subordinados diretos de líderes mulheres eram significativamente maiores”. (CLAIRE, Redação Marie, 2021, *apud* ZENGER e FOLKMAN, 2020)

Portanto, por meio da pesquisa realizada, percebe-se que a mulher possui instinto para liderança e desenvolvimento em posições que exigem essas características, mostrando sua eficácia e desenvoltura, principalmente em tempos de crises que necessitam de tal comportamento, demonstrando que a mulher tem sim, a capacidade de liderar, com resultados até melhores que homens na liderança.

MULHERES EM POSTOS DE LIDERANÇA

Conforme foram mostrados nos tópicos anteriores, ainda se vê uma disparidade em relação a mulheres e homens em cargos de liderança, sendo algo dominado pelo gênero masculino. Porém, no ano de 2021, o cargo de liderança feminina vem aumentando, destacando, principalmente, na parte do empreendedorismo, nos quais as mulheres estão abrindo o próprio negócio, dando margem para o crescimento e formação de grandes empresas. Pode-se observar os dados realizados pelo IBGE (2014), onde mostra que 98,5% das Pequenas e Microempresas tinham mulheres como proprietárias.

Conforme a Serasa Experian, 43% das mulheres comandam os negócios no Brasil e 73% são sócias em empresas de pequeno ou médio porte.

Desta forma, observa-se que, mesmo a desigualdade de gênero sendo latente em nossa sociedade, as mulheres estão lutando e ganhando seu espaço merecido na sociedade.

Ademais, estudos indicam que as mulheres são melhores líderes por possuírem facilidade em se adaptarem e promover novas mudanças, por terem facilidade em desenvolver multitarefas em simultâneo. Além disso, segundo a pesquisa realizada pela McKinsey & Company (2017), apenas 25% de mulheres em posições de chefia, mesmo as mulheres representarem 50% dos diplomados do ensino superior em relação aos homens.

Segundo pesquisa realizada pela Grant Thornton, Women in Business: Construindo um plano de ação, em 2019, houve um crescimento em mulheres em cargos de liderança, representando 29%, 5% a mais se comparado com 2018 que representou 24% de mulheres em cargos de executivos.

Considerando os dados apresentados, observa-se que a mulher vem ganhando mais espaço na sociedade, se comparado com os séculos passados, onde estão conseguindo abrir novos caminhos e portas, inspirando outras a mostrarem seus talentos e ideias em um meio dominado pelos homens. Porém, o número de mulheres em postos executivos ainda é pequeno, e, por isso, é necessário buscar mais representatividade feminina nesses cargos importantes, de forma a se obter uma igualdade entre gêneros, para criar uma sociedade equilibrada e harmônica.

EFICÁCIA DIRETA E INDIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais são comumente lesionados na esfera privada, necessitando diversas maneiras de defendê-los, isso trouxe grandes discussões e diversas teorias. Duas teorias principais foram desenvolvidas, a teoria da eficácia direta e indireta (mediata ou imediata).

Na teoria da eficácia indireta ou mediata o direito não tem como objetivo conter conflitos de direito privado, sendo assim a sua aplicação e entendimento sejam realizados pela disposição do próprio sistema jurídico normativo. Desta forma, cabe apenas ao legislador

realizar as aplicações das normas nas relações jurídico privadas e ao judiciário a interpretação adequada, caso não se tenha normas com o mesmo intuito de resguardar os direitos fundamentais nas relações privadas. Devendo então que seja feita a análise de cada caso concreto sem desconsiderar a liberdade individual dentro do jurídico privado (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 75).

Tal teoria defende, portanto, que as relações entre particulares somente acontecem por meio de princípios e normas do direito privado, mesmo que seja em razão de proteção do Estado. Limitam-se apenas aos excertos do direito privado para a concretização da defesa dos direitos fundamentais.

Já na teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais são aplicáveis diretamente nas relações entre particulares. Tendo ou não normas infraconstitucionais, as normas constitucionais devem ser aplicadas como principais e justificadoras razões. Portanto, tem-se os direitos fundamentais a completa eficácia de aplicação nas relações privadas, diferente da teoria mediata que fica limitada ao direito privado.

De acordo com Azevedo (2014) defensores dessa teoria argumentam que a eficácia direta é uma cláusula geral de efetivação dos direitos fundamentais.

O reconhecimento da eficácia direta nas relações entre particulares é uma espécie de cláusula geral que efetiva o sistema de proteção dos direitos fundamentais, como também supre as limitações dos instrumentos de controle do direito privado, uma vez que estes, por si só, somente oferecem uma proteção genérica e fragmentária, fazendo-se necessário, assim, em certos casos, a aplicação direta dos direitos fundamentais (AZEVEDO, 2014: *on-line*).

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, inclusive das mulheres é a eficácia direta e imediata, pois a Constituição

de 1988 possui um grande alcance, dos direitos sociais aos direitos econômicos, relacionados aos direitos diretamente particulares, inclusive os direitos trabalhistas aqui citados, direitos trabalhistas que defendem os direitos fundamentais femininos básicos e essenciais.

A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA HORIZONTAL

No direito brasileiro se aceita a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em respeito à isonomia não se permite o tratamento diferenciado entre funcionários, uma grande conquista para as mulheres em busca de seus direitos no mercado de trabalho em meio privado. O STF já acatou esse entendimento com bases constitucionais, acolhendo a incidência dos direitos fundamentais, aplicando teoria da eficácia imediata mesmo que não se tenha entendimentos concretos sobre o tema.

De acordo com Sarmento e Gomes (2011, p.61) em um país com grandes desigualdades sociais e diferenças de liderança e poder como o Brasil, excluir as relações privadas do raio da incidência dos direitos fundamentais desconfigura e agride de forma severa os direitos, chegando a redução da proteção da dignidade da pessoa humana. A teoria da eficácia horizontal se embasa no reconhecimento de que as desigualdades se dão também entre particulares, não apenas entre Estado e particular, demonstrando a necessidade da proteção dos direitos fundamentais entre relações privadas que não envolvam o Estado.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas chega a ser negada no âmbito norte-americano, como justificativa utilizam a própria constituinte do país em que se refere apenas aos poderes públicos em cláusulas protetivas dos direitos fundamentais. Outras justificativas trazem que compete aos Estados e à União legislar sobre direito privado, desde que não se tenha participação de comércio interestadual ou internacional (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 63).

Antes da promulgação da Constituição de 1988, o STF não possuía um posicionamento evidente sobre a união dos direitos fundamentais aos particulares, tratando então essa vinculação apenas à imposição do direito público, sendo, portanto, caso inexistisse essa vinculação não seria correto utilizar o princípio da isonomia, se podia então o provado estabelecer de forma livre suas relações.

Somente após a Constituição de 1988, o debate da eficácia horizontal ressurgiu no STF trazendo diversas discussões em torno de casos concretos, vêm sendo adotado, portanto, a teoria da eficácia horizontal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos afirmar que somente as garantias baseadas em normas não são suficientes para o aumento da igualdade de gênero no mercado de trabalho, sendo, principalmente, no âmbito privado.

Observa-se que ainda há uma distância entre as conquistas femininas, que são muitas e significativas em termos normativos e a realidade. Não é empregado na sociedade o que é expresso no ordenamento, sendo explicado pelo impacto histórico, no qual existe um conservadorismo e uma postura em relação a mulher, há um resquício longínquo, da forma histórica, até mesmo na forma da colonização do Brasil, em que foram empregados valores relacionados a postura da mulher na sociedade, as funções a elas atribuídas, seguindo uma ideia do patriarcado.

Porém, observa-se que, por mais que ocorra uma evolução social muito grande, em comparação com os primórdios, a mulher ainda luta para alcançar cargos de importância no mercado de trabalho, sendo minoria em setores como o investimento da bolsa de valores, segmento dominado pelo gênero masculino. Em um estudo realizado pela B3 (2021), no qual entre 190 companhias da bolsa de valores, 89% possui uma ou nenhuma mulher em meio aos diretores das empresas. Ademais, a cada ano, segundo pesquisas mostradas no artigo, a

porcentagem de mulheres em cargos de liderança ou até mesmo CEO de empresas, vêm crescendo.

Outrossim, é válido ressaltar a importância dos direitos até hoje conquistados pelas mulheres, contudo ainda são muito discriminadas e tratadas de forma desigual no mercado de trabalho, simplesmente pelo motivo de ser mulher e ter suas necessidades. Neste momento é importante trazer a teoria da eficácia horizontal imediata, na qual os direitos fundamentais são aplicáveis de forma direta nas relações entre particulares, sem que seja necessário apenas as relações entre o Estado e o privado, seguindo sempre o objetivo de nossa constituinte, a dignidade da pessoa humana e todos seus direitos fundamentais aplicáveis. Assim, as mulheres conseguem mais acesso aos seus direitos, à isonomia e aos direitos trabalhistas sem limitações.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Fabiana Neiva Nunes. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35057/eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-privadas>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

CANABARRO, Janaína Raquel dos Santos e SALVAGNI, Julice. **Mulheres líderes: As desigualdades de gênero, carreira e família nas organizações de trabalho**. Revista de Gestão e Secretariado - GeSeC. São Paulo, v.6, n. 2, p 88-110, maio. /Agosto. 2015.

CLAIRE, Redação Marie. **Mulheres são melhores líderes durante pandemia da Covid-19 aponta pesquisa**. Revista Marie Claire, 2021. Disponível em: <https://revistam-arieclaire.globo.com/Mulheres-do-Mundo/noticia/2021/01/mulheres-sao-melhores-lideres-durante-pandemia-da-covid-19-apon-ta-pesquisa.html>. Acesso em: 25 out. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 64.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. **A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES: O CASO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO**. Revista TST, Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, dez. 2011. Trimestral. Disponível em: <https://siabi.trt4.jus>.

br/biblioteca/direito/doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2011/n%204/A%20efic%C3%A1cia%20dos%20Direitos%20Fundamentais%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20entre%20particulares.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

THORNTON, Grant. **Women in Business 2021**. Grant Thornton, 2021. Disponível em: <https://www.grantthornton.com.br/insights/artigos-e-publicacoes/women-in-business-2021/#:~:text=Com%20isso%2C%20o%20Brasil%20salta,da%20m%C3%A9dia%20global%20de%2031%25.&text=90%25%20das%20empresas%20contam%20-com,essa%20propor%C3%A7%C3%A3o%20era%20de%2012%25>. Acesso em: 24 out. 2021.

ZENGER, Jack e FOLKMAN, Joseph. **Research: Women Are Better Leaders During a Crisis**. Harvard Business Review. 2020. Disponível em:

https://hbr.org/2020/12/research-women-are-better-leaders-during-a-crisis?utm_medium=email&utm_source=newsletter_weekly&utm_campaign=weeklyhotlist_not_activesubs&deliveryName=DM113092. Acesso em: 25 out. 2021.

MINAS, Estado de. **Apenas 3% das mulheres no Brasil ocupam cargos de liderança, aponta pesquisa**: segundo estudo da bain & company, realizado em parceria com o linkedin, incluí-las deveria ser uma das prioridades das empresas. Segundo estudo da Bain & Company, realizado em parceria com o LinkedIn, incluí-las deveria ser uma das prioridades das empresas. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/07/12/internas_economia,1069103/ape-nas-3-mulheres-brasil-ocupam-cargos-de-lideranca-aponta-pesquisa.shtml. Acesso em: 27 out. 2021.

MARASCIULO, Marila. **A Participação de Marie Curie na Primeira Guerra Mundial**: a cientista foi para o front com unidades móveis que faziam radiografias. A cientista foi para o front com unidades

móveis que faziam radiografias. 2018. Revista Galileu. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2018/11/participacao-de-marie-curie-na-primeira-guerra-mundial.html>. Acesso em: 01 nov. 2021.

GUIRALDELLI, Reginaldo. Adeus à divisão sexual do trabalho? Desigualdade de gênero na cadeia produtiva da confecção. **Revista Sociedade e Estado**, [s. l], v. 27, n. 3, p. 709-732, dez. 2012. Quadrimestral. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/93kRWJRdWyT85LKRxtL-Zj3n/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

MADEIRA, Maria Zelma de Araújo; COSTA, Renata Gomes da. Desigualdades de gênero, poder e violência. **Dossiê Igualdades e Diferenças na Teoria e no Contexto das Relações Sociais de Gênero: uma análise da violência contra a mulher**, [s. l], v. 10, n. 19, p. 71-99, 28 jan. 2012. Mensal. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/2633>. Acesso em: 27 out. 2021.

Brighenti, J., Jacomossi, F., & Silva, M. Z. da. (2015). **Desigualdades de gênero na atuação de contadores e auditores no mercado de trabalho catarinense**. *Enfoque: Reflexão Contábil*, 34(2), 109 - 122. <https://doi.org/10.4025/enfoque.v34i2.27807>

WHOW, Redação. **Liderança feminina em 2021 nas PMEs**. Whow empreendedorismo. 2021. Disponível em: <https://www.whow.com.br/pessoas/lideranca-feminina-em-2021-nas-pmes/>. Acesso em: 29 out. 2021.

ROBERTA MARQUES FELIX, C.; VERGINIO DA SILVA, S. **A presença das mulheres e sua representatividade em cargos de liderança**. Revista Mythos, v. 12, n. 2, p. 16-24, 2 mar. 2020.

RODRIGUES, Marta Sofia Lemos Marques. **A representatividade das mulheres na liderança de topo: análise das atuais empresas do psi-20 (2005 a 2016)**. 2017. 93 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de

Economia e Administração de Empresas, Faculdade de Economia, Universidade do Porto, Porto, 2017.

THORNTON, Grant.. **Women In Business: Construindo um Plano de Ação**. 2019. Disponível em: https://www.grantthornton.com.br/globalassets/1.-member-firms/brazil/6.insights/pdf/gtil-wib-report_grant-thornton_br_2019_final.pdf. Acesso em: 31 out. 2021.

OLIVEIRA, Adrilane Batista; MACEDO, Jonatas; RABELO, Juliana; TEIXEIRA, Samuel. A PERCEPÇÃO DE MULHERES EM CARGOS DE LIDERANÇA SOBRE SUAS REALIDADES ORGANIZACIONAIS. **Revista Razão Contábil & Finanças**, Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 1-15, dez. 2020. Semestral. Disponível em: <http://institutoateneu.com.br/ojs/index.php/RRCF/article/view/264/279>. Acesso em: 01 nov. 2021.

RIBEIRO, D. S.; SILVA, D. S.; RUZENE, D. S. **Diversidade de gênero e liderança feminina em cargos de diretoria**. In: SIMPÓSIO DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO DE SERGIPE, 8., 2016, São Cristóvão. Anais eletrônicos... São Cristóvão: DEPRO/UFS, 2016. p. 452-459. Disponível em: <http://simprod.ufs.br/pagina/20298>. Acesso em: 27 out 2021.

REUTERS, Aluisio Alves. **Mulher na liderança de empresa ainda é raridade no Brasil, mostra estudo da B3**. Uol Economia, 2021. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2021/10/06/mulher-na-lideranca-de-empresa-ainda-e-raridade-no-brasil-mostra-estudo-da-b3.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 27 out. 2021.

SILVA, Priscila de Souza; RODRIGUES, Francisco Demetrius Monteiro; QUEIROZ, Silvana Nunes de. Trabalhadores em cargos de liderança no mercado de trabalho formal brasileiro entre os anos de 1995, 2005 e 2015. **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, [S.L.], n. 24, p. 16, 27 mar. 2018. Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia/Edicoes UESB. <http://dx.doi.org/10.22481/cssa.v14i24.3238>. Disponível em: <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/3238>. Acesso em: 01 nov. 2021.

VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA VS. A LIBERDADE INDIVIDUAL É CONSTITUCIONAL RESTRINGIR ALGUNS DIREITOS DE LIBERDADE EM VIRTUDE DAS RESTRIÇÕES SANITÁRIAS/ SOCIAIS E DA VACINAÇÃO EM MASSA CONTRA O COVID-19?

Laura Camilo da Silva

RESUMO

O presente artigo possui a finalidade de discorrer acerca das várias perspectivas que versam sobre o direito privado e as necessidades sociais. Um contraponto interessante que deve ser analisado sob a ótica de várias perspectivas a fim de alcançar-se um consenso, entretanto a discussão e a incógnita deixada sobre esse antagonismo instigam mais as mentes curiosas do que quaisquer acordos que possam ser firmados pelas súmulas e jurisprudências.

Uma discussão que já percorre toda a história do Direito moderno e contemporâneo: as liberdades individuais se sobrepõem às necessidades e direitos coletivos? O contrário pode acontecer? Situações de excepcionalidade como a pandemia do Covid-19 suscitaram uma nova vertente desse antagonismo, que é abordada de forma clara nesse pequeno excerto de ideias.

Palavras-chave: Covid-19; Direito Privado; Direitos Sociais; Estado.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é considerada, pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, como a Carta Magna da República que aqui se encontra. Em face disso é incontestável que o seu aval é necessário e demandado para reger as demais normas infraconstitucionais – normas que se encontram hierarquicamente abaixo da Constituição –, logo, em decorrência dessa necessidade de se estabelecer um paralelo entre os princípios constitucionais e o conteúdo das leis que se seguem abaixo, eventualmente ocorrem discussões no âmbito do Direito (de

natureza Pública e Privada) acerca da constitucionalidade de certas normas que são aprovadas em contextos específicos.

No Brasil e no mundo essa discussão tomou formas exorbitantes no novo contexto apresentado pelo Corona Vírus. Novas necessidades apareceram, com elas, novas restrições, esse impacto social que veio em face do “novo normal” contribuiu para várias mudanças no âmbito jurídico e social, entretanto, o impacto que não era esperado foi o mais avassalador dentre os demais: as restrições na vida privada. Novas medidas de segurança na área da saúde foram adotadas, como o uso de máscara em todos os ambientes fora de casa, as restrições e proibições de sair de casa, além de haver a proibição de não se encontrar com parentes e amigos, com a finalidade de evitar aglomerações, que pode ter sido considerada a mais limitante e invasiva de todas.

Posteriormente, em um segundo momento da pandemia, a vacinação já era uma realidade, todavia a incerteza quanto à sua segurança e eficácia se tornou um fantasma que passou a coibir sua credibilidade e, para além disso, trouxe novamente à tona um movimento antivacina que há muito tempo não havia repercutido tanto. A pandemia colocou a liberdade individual em xeque? A obrigatoriedade da vacina representa um risco à saúde, à vida ou aos Direitos Constitucionais? Esses são questionamentos que ecoam na sociedade e representam uma onda de desinformação e de sérias consequências a longo prazo no âmbito social, do direito e da saúde. Logo, torna-se imprescindível percorrer alguns tópicos relevantes a respeito desse aspecto que emergiu tão fortemente na vida coletiva e privada, em todo o Planeta.

HISTÓRIA: O ESTADO E A VIDA PRIVADA

Ao longo de toda a história, desde que a humanidade começou a compor sociedades e desenvolver relações entre os indivíduos de forma mais abrangente e complexa, verificou-se a necessidade de uma determinada ordem austeridade, com a finalidade de mediar os eventuais conflitos entre pessoas e grupos. Na medida em que essas

sociedades primitivas se formavam, os indivíduos mais proeminentes em determinadas tarefas se destacavam, via de regra, em atividades mais essenciais, como a caça por exemplo. Esses indivíduos logo se tornavam um símbolo de força e, mais tarde, essa força física converteu-se em sabedoria e inteligência. Com essa evolução – que começou com o desenvolvimento político da Grécia Antiga, do Império Romano e ganhou força a partir da Idade Média, quando surgiram as primeiras Universidades – os mais sábios passaram a ocupar um lugar de respeito e a serem vistos como uma autoridade.

Após esses primeiros passos em direção à formação de um estado mais arquitetado e com o advento da formação dos Estados Nacionais da Europa, na Idade Moderna, a ideia de governo começou a tomar forma e proporções extraordinárias. Começou por Portugal, França e Espanha e posteriormente se espalhou por todo o continente, governos começaram a centralizarem-se e o Estado foi formado, assim como a hierarquia das relações sociais. Aqueles que se colocaram no governo passaram a observar que agora possuíam a responsabilidade de manter o mínimo bem-estar dos que se encontravam governados, à vista de uma monarquia aristocrata.

Após essa primeira e incipiente ideia de estado soberano, pensadores, estudiosos e filósofos começaram a refinar esse conceito cada vez mais, com destaque ao movimento Iluminista, que se pautava em uma busca incessante por um meio de governo que priorizasse aspectos sociais, políticos e econômicos. Destacaram-se, entre outros pensadores, o filósofo Charles-Louis de Secondat, mais conhecido por Montesquieu, ele passou a desenvolver um meio de governar que limitasse os poderes do estado, ao passo em que garantia a vida dos indivíduos sem restringir-lhes a liberdade individual. Formou-se, então (juntamente com os ideais gregos), a ideia existente de democracia exercida até hoje, que repousa sobre os pilares dos Três Poderes de Montesquieu – poder Executivo; Legislativo; e Judiciário – que visa garantir, concomitantemente, a liberdade individual e as garantias sociais.

Logo, a humanidade começou uma busca que perdura até hoje para desenvolver um modelo de governo que possua o mínimo possível de falhas, sem deixar brechas para ditaduras, ao mesmo tempo em que evita misérias e contorna grandes problemas sociais, uma utopia, alguns diriam, mas talvez possível. O grande questionamento a ser resolvido para alcançar essa forma de governo é: até onde vai a interferência do poder do Estado? Da liberdade ao controle há um caminho longo e complexo que muitos estudiosos tentaram traçar que serão, hoje, essenciais para a discussão aqui abordada.

O LIBERALISMO X O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

Deve-se, a fim de examinar com cautela os dois conceitos apresentados, enfatizar o contexto e as circunstâncias nas quais o Brasil e o mundo se encontram nesse momento histórico, em virtude das adversidades causadas pelo Coronavírus

Uma pandemia envolve uma doença infecciosa que afeta populações em muitos países, em diferentes regiões, ainda que de diferentes modos, como no caso da Covid-19. Se estes países não estão preparados para controlar a sua disseminação, seus efeitos podem resultar em uma grave interrupção do funcionamento de uma sociedade e exceder sua capacidade de resposta utilizando recursos próprios, de forma que uma pandemia pode ser compreendida como um desastre. Porém, quando a capacidade de resposta, como as ações desenvolvidas pelos serviços e sistemas de saúde, se apresenta em uma situação extremamente crítica ou mesmo em colapso, como se vê em quase todo país, sendo incapaz de atender às necessidades de todos os pacientes graves e levando os trabalhadores da saúde a situações de exaustão, estamos próximos ou diante de uma **catástrofe**. (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2021, p.1)

Catástrofe é o termo utilizado pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) ao descrever o que a pandemia causada pelo Covid-19 representa perante a humanidade, trata-se de uma situação de exceção ao que era considerado como uma “vida normal”, há mais ou menos dois anos atrás. Levantar da cama em um domingo de manhã e ir almoçar na casa de um amigo ou parente sempre foi considerado trivial, mas o que aconteceu quando o Estado passou a impor medidas que restringiu até os comportamentos mais triviais (ou até mesmo necessários, como é o trabalho)? Não poder mandar os filhos para a escola, não poder ir ao restaurante comumente frequentado há anos e ter de mudar drasticamente hábitos corriqueiros em face de uma imposição alheia (Lei 13.949, de 6 de fevereiro de 2020) parece algo avesso à natureza humana.

De fato, em virtude dessa necessidade de independência que já se manifesta desde criança, pessoas e grupos desenvolveram modelos de estado que melhor se adequaram à duas vertentes: A primeira é de um estado que opera com a livre iniciativa e liberdade de todos e a segunda revela-se como um responsável pela vida e bem estar dos indivíduos. Observa-se que nos momentos de crise na história – tal como pode ser interpretada a pandemia – o estado e os governos ao redor do mundo dedicam-se mais atentamente às necessidades da população.

No século XIX, após o advento de uma massiva expansão industrial na Europa, milhares de famílias se viram compelidas a trabalhar em longas, exaustivas e perigosas jornadas de trabalho nas fábricas. Homens, mulheres e crianças faziam jornadas que, em sua maioria, durava cerca de doze horas por dia e apesar desses massivos esforços não tinham suas necessidades primárias atendidas, uma vez que o salário era ínfimo e não condizia com a realidade social desses países, fato que submeteu esses indivíduos à miséria. Logo, milhares de pessoas nessa situação se insurgiram para conseguir o mínimo de garantias trabalhistas, visto que, até o momento esses trabalhadores estavam totalmente desamparados pelo estado, com isso, ficam submissos aos patrões, que autorregulavam o mercado. Desses

movimentos adveio a formação de sindicatos trabalhistas, os quais defendiam que cabia ao estado garantir e conceder o mínimo de bem-estar aos seus cidadãos.

A primeira teoria a se firmar com essas ideias foi promovida pelo estadista Otto von Bismarck, na Alemanha, em 1880 e chamava-se Estado de Bem-Estar Social. Essa teoria visava regular a liberdade desenfreada que conferia o aval para os donos de indústrias explorarem seus trabalhadores como quisessem, apenas em prol do lucro e da produção em massa. Observa-se, portanto que ocorre a dominação de uns indivíduos pelos outros e o desequilíbrio na vida em sociedade quando o estado não intervém, em certa medida, para balancear as relações sociais e proteger seus cidadãos, como ocorre atualmente no contexto de uma pandemia.

Em contrapartida há a ideia de que o estado não tem poder, tampouco o dever de intervir nas relações privadas. A macroeconomia (economia estatal) era regida pela livre iniciativa ou “livre mercado”, no qual seu principal entendimento era de que o mercado deveria se autorregular (fato combatido por Bismarck, em vista das consequências desse modelo). Nesse sentido, essa teoria sugeria que o mercado gera empregos e esses empregos seriam suficientes para suprir situações de desigualdade, no entanto para conseguir ingressar em uma vaga de trabalho, a maioria dos trabalhadores tinham que aceitar salários ínfimos e flexíveis, além de condições de trabalho bastante adversas.

Logo, conforme essa breve análise desses modelos antagônicos, verifica-se que, substancialmente em momentos de crise e vulnerabilidade social, uma intervenção do estado é bem-vinda para promover políticas públicas que torne a vida de todos segura no âmbito econômico, mas, sobretudo nesse momento, no âmbito da saúde. Um grande exemplo a ser apresentado desse movimento de promoção do bem-estar social na pandemia foram os Estados Unidos, que apesar de serem o maior exemplo de liberalismo do mundo, atuaram no enfrentamento da pandemia por meio de atuação governamental.

KANT E A LIBERDADE

Liberdade é um termo muito relativo; quando se fala em liberdade, várias vertentes e perspectivas podem surgir na mente das pessoas, a depender das circunstâncias em que o sujeito se encontra. Para um adolescente, liberdade é ter o aval dos pais para fazer o que quiser (ou até mesmo fazer contrariamente à vontade dos pais), para um indivíduo no cárcere liberdade pode ser colocada no sentido literal, de poder ir aonde quiser. Já no sentido político, esse conceito começa a tomar formas mais complexas, para um político liberal, como foi exposto acima, a liberdade tem a ver com a não intervenção do Estado (ainda que benéfica para muitos), já para um defensor das garantias mínimas do Estado, liberdade poderia ser defender um ponto de vista que por sua vez poderia de certa forma restringir a liberdade alheia.

É contraditório pensar que para haver liberdade para uma parte da população, uma outra parte deva ficar contrariada, uma vez que, quando o cidadão a favor das garantias estatais passa a querer que todos – até os liberais

– usem máscara ele irá, em certa medida, restringir a liberdade de escolha do outro. Na pandemia essa mesma “restrição à liberdade” ocorreu com inúmeras medidas governamentais para conter o avanço da doença. Questionamentos insurgiram de todos os cantos do País e do mundo ao questionar a ética, a justiça e até a legalidade dessas medidas. Em outro contexto, proibir as pessoas de sair de casa seria absurdo, assim como impedi-las de ir trabalhar ou mandar os filhos para a escola, logo, uma nova variável se inseriu na equação: o contexto. Diante dessa nova situação o que antes parecia absurdo tornou-se razoável para alguns, necessário para outros, mas continuou absurdo para muitos.

Se os direitos não se baseiam na felicidade da maioria das pessoas, qual seria então sua base moral? Os libertários talvez tenham uma resposta: as pessoas não deveriam ser usadas como meros instrumentos para a obtenção do bem-estar alheio, porque isso viola

o direito fundamental da propriedade de si mesmo. Minha vida, meu trabalho e minha pessoa pertencem a mim e somente a mim. Não estão à disposição da sociedade como um todo. (MICHAEL J. SANDEL, 2015)

Michael Sandel, em seu livro “Justiça: O que é fazer a coisa certa”, no capítulo “O que importa é motivo/ Immanuel Kant”, traz esse excerto no qual contrapõe a ideia de que o Estado poderia influenciar a vida das pessoas de forma tão atuante e presente, na perspectiva dos indivíduos que defendem a liberdade individual. De fato, à primeira vista, como dito, parece ilógico defender que a felicidade de uma parcela da população seja “sacrificada” em prol do bemestar de uma outra parcela, mas, mais adiante Sandel esclarece sua ideia:

Como já vimos, no entanto, a ideia de que somos donos de nós mesmos, se aplicada de maneira radical, tem implicações que apenas um libertário convicto poderia apoiar: um mercado irrestrito sem a proteção de uma rede de segurança; um Estado mínimo, o que exclui a maioria das medidas para diminuir a desigualdade e promover o bemcomum; e uma celebração tão completa do consentimento que permitaa ser humano infligir afrontas à própria dignidade, como o canibalismoou a venda de si mesmo como escravo. Nem mesmo John Locke (1632-1704), o grande teórico defensor dos direitos de propriedade e da limitação dos poderes do governo, está de acordo com a noção de propriedade ilimitada de nós mesmos. Ele repudia a ideia de que podemos dispor da nossa vida e da nossa liberdade como quisermos.(MICHAEL J. SANDEL, 2015)

Retoma-se a ideia discutida acima, um mercado irrestrito, sem proteções, com o Estado mínimo e que dispensa políticas para a promoção de igualdade foi exatamente o que deu ensejo para Otto von Bismarck desenvolver o Estado de Bem-Estar Social. Logo

passa-se a pensar essa ideia sob a ótica do argumento apresentado por Sendel, como a pandemia teria sido caso esses ideais libertários fossem colocados em prática? Sem auxílio governamental, restrições sanitárias e acima de tudo sem vacinação, teria sido um momento muito mais caótico na história da humanidade.

Kant passa a fazer um grande questionamento acerca do que é liberdade, ele traça sua teoria baseada na associação de moralidade e liberdade, pensamento que deu origem a um conceito de “liberdade” mais sólido. Ele afirma que a moralidade das ações e escolhas dos indivíduos não deve ser baseada apenas em desejos e vontades que uma pessoa possa ter em determinado momento – uma pessoa pode querer ir a uma festa em uma pandemia, mas isso não seria moral, tampouco razoável –, logo, não poderiam servir como base para desenvolver esse conceito. Uma vez que esses instáveis fatores não poderiam servir de base para a moralidade, Kant recorre à racionalidade, ele denomina de “pura razão prática”, mas em uma visão mais coloquial entende-se por “o certo é o certo”.

O que importa é o motivo, que deve ser de uma determinada natureza. [...] “Uma boa ação não é boa devido ao que dela resulta ou por aquilo que ela realiza”, escreve Kant. “Mesmo que (...) essa ação não consiga concretizar suas intenções; que apesar de todo o seu esforço não se jабem sucedida (...) ainda assim continuará a brilhar como uma joia, como algo cujo valor lhe seja inerente.” (MICHAEL J. SANDEL, 2015)

Ao analisar de forma mais minuciosa as nuances dessa teoria Kantiana, percebe-se como a associação de liberdade e moral poderiam conversar entre si para resultar na essência desse conceito mais sólido. O que seria considerado moral na sociedade não poderia ferir a liberdade alheia de forma arbitrária, uma vez que a definição de liberdade está, com frequência, associada com a ausência de empecilhos para fazer o que os desejos mandam. Dessa forma, Kant afirma que as decisões

tomadas são sempre em função de um determinado fim, mas sem autonomia, visto que os indivíduos não escolhem livremente quais decisões tomar, mas sim são influenciados a escolher o que cada um entende que melhor irá satisfazer seus desejos e vontades. Sair em um sábado à noite pode parecer uma opção melhor para grande parte da população em face de precisar ficar em casa, não se vacinar por ser adepto de uma determinada corrente política ou social também possui o fim de atender algum desejo, entretanto nenhuma dessas duas escolhas seria considerada moral, na concepção Kantiana.

O UTILITARISMO DE JOHN STUART MILL

A filosofia utilitarista de John Stuart Mill foi um trabalho de conciliação entre o Utilitarismo de Jeremy Bentham – que superestimava a felicidade maior de todos em detrimento dos valores e dignidade humana – e os direitos individuais, mas sempre inserido no coletivo. Em seu livro *On Liberty*, ele defende que as pessoas podem e devem ser livres para exercer seus direitos e fazerem o que quiserem, contanto que não inflijam os direitos alheios. Esse ponto tocado por Mill gera inúmeras discussões em vários âmbitos sociais e tomou proporções gigantescas no contexto da pandemia, não se tem uma resposta exata para dizer em que medida os direitos e garantias individuais podem ser restritos para o bem estar do coletivo.

Mill defende amplamente em sua tese que a liberdade individual exercida de forma plena é o melhor caminho para a felicidade social. Ele se baseia no pressuposto do que pode ser interpretado como uma “escolha consciente”, afirma que as faculdades mentais humanas, seus poderes de julgamento, atividade mental, preferência moral ou até mesmo sentimentos, somente serão exercitados ao se fazer uma escolha. Ele interpreta esse fato como o exercício do que é ser, de fato, humano, afirma também que aquele que abdica de tomar suas próprias decisões pode dispensar suas faculdades, pois apenas precisaria exercer a capacidade de imitar, como macacos.

Essa perspectiva invoca o filósofo Aristóteles, ao dizer que o homem é um animal político, e de fato, o que distingue o ser humano dos demais animais terrestres é, entre outros fatores biológicos, a capacidade de raciocinar e, por sua vez, fazer política. Entrelaçada à ideia de Mill, a habilidade política do homem é justamente fazer escolhas, certamente, influenciado pelo meio e pelas circunstâncias, mas ainda há outro fator a ser analisado: a qualidade das escolhas tomadas. Ter cautela ao averiguar de onde determinadas escolhas vêm é importante para saber quais serão as consequências dela, por exemplo, quando Nicolau Copérnico decidiu ir contra todas as crenças da ciência de sua época ele possuía embasamentos de cunho científico também. Logo, as consequências da escolha de Copérnico foram válidas e até louváveis.

Essa análise cabe perfeitamente ao contexto atual, pois é importante cada indivíduo se questionar de onde vem sua escolha de usar ou não uma máscara, tomar ou não uma vacina, sair ou não sair de casa (quando possível). É fato que cada escolha está no âmbito individual das pessoas, mas é justamente essas escolhas, tomadas de forma embasada, racional e analisada que conferem ao homem a condição de ser humano, conforme aponta Mill.

Mill admite que seguir convenções pode levar uma pessoa a um caminho na vida satisfatório, que a manterá longe de perigos. “Entretanto, qual será seu valor comparativo como ser humano?” pergunta ele. “É realmente importante considerar não apenas o que os homens fazem, mas também que tipo de homem são para fazer o que fazem.” (MICHAEL J. SANDEL, 2015)

Seguir o caminho mais fácil, ou o mais satisfatório, com certeza é a inclinação de todos os seres humanos, de forma instintiva com a finalidade de manter o conforto, o controle e a segurança. Com certeza, como já foi apontado, mudar os hábitos de uma hora para

outra e de forma tão drástica retirou todos de sua zona de conforto, algo que gerou e ainda irá gerar bastante resistência por parte de alguns indivíduos, e para além disso, submeter-se a uma vacina que era considerada uma incógnita há um ano atrás quanto à sua eficácia e segurança gerou muito medo do desconhecido e conseqüentemente rejeição em uma parcela de pessoas. Mas o grande questionamento apresentado por Mill é, parafraseando-o, qual o valor dessas escolhas baseadas em instintos e facilidades? Hoje, as medidas de segurança e a vacina são comprovadamente eficazes, logo, essa consequência atual foi advinda de uma escolha racional de pessoas no passado.

A PERSPECTIVA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como exposto acima e amplamente conhecido pelos profissionais do Direito, e até mesmo por aqueles leigos nesse âmbito, a Constituição Federal é a Carta Magna do Brasil. Muitos já ouviram essa expressão, entretanto, não sabem exatamente o que ela significa, o dicionário atribui a esse conceito uma definição sintetizada, referente à história de origem do termo: trata-se da primeira carta de direitos feita na Inglaterra, no ano de 1215, que geria de forma concreta e segura os direitos dos cidadãos. É a lei suprema de organização de um Estado e um dos seus principais sinônimos é a própria palavra “constituição”.

O Ordenamento Jurídico Brasileiro é encabeçado pela Constituição Federal, seguida das Leis complementares, Leis Ordinárias, Medidas Provisórias, decretos, entre outros institutos. Como uma hierarquia, todas as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com o próprio texto da Constituição, com a finalidade de manter seguros os direitos dos cidadãos diante da fluidez que a sociedade possui. Dizer que uma norma é inconstitucional, portanto, significa dizer que vai contra alguma lei, princípio ou ideia do texto constitucional, diante desse fato, é natural que haja receio e dúvidas quando alguma norma ameace de quaisquer formas algum direito-base.

Um outro aspecto importante a ser ressaltado é com relação à função social do Direito. Conforme aponta a Sociologia o direito é

produto de uma teia de relações, conflitos e costumes sociais, assim como esses três aspectos, a longo prazo, originam culturas e tradições, eles também dão origem ao direito que é fluido e dinâmico, de modo que possa se adequar às necessidades e demandas sociais. As leis, desde sua antiguidade, são criadas a partir do que acontece na prática, dentro da própria sociedade, por exemplo, antes do primeiro homicídio não havia a necessidade de uma lei que punisse um indivíduo que matasse alguém, todavia, após a ocorrência do primeiro homicídio na história da humanidade houve a necessidade de uma lei que proibisse a prática. É dessa forma que o direito se amolda ao que acontece no meio social, a partir de uma necessidade que seja recorrente, dessa forma as leis são invocadas a fim de regular o que acontece.

Sob essa ótica, observa-se que no Direito Civil brasileiro ocorreu exatamente essa adequação das normas à realidade social, em 2018, com a 13.709 Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A internet e a informação nunca foram tão atuantes na sociedade quanto são atualmente, o mundo de hoje certamente já é mais globalizado do que o mundo de ontem, ou de até mesmo de duas horas atrás, portanto, com essa crescente demanda e uso dos recursos tecnológicos o Direito precisou intervir também para regulamentar a vida cibernética. Na geração passada o *Cyberbullying*, os vazamentos de dados pessoais, e-mails e até fotos eram uma realidade bastante distante, logo uma lei que protegesse as pessoas de perigos inexistentes não faria sentido, contudo, hoje esses perigos são, de fato, uma realidade que o Direito precisou acompanhar.

O Direito Penal, por sua vez, é mais intrinsecamente ligado a essas mudanças, considerado como o direito de *Ultima Ratio* – último recurso – ele é invocado quando a ação punitiva do Estado é necessária e assim como as normas do Direito Civil e das demais áreas do direito, as leis penais advêm de necessidades. Um exemplo bastante ilustrativo acerca dessa perspectiva é a Lei do Feminicídio (nº13.104) que foi incluída no Código Penal como uma causa de aumento de pena do homicídio simples, bem como o homicídio de autoridades ou agentes penais e policiais integrantes da Força Nacional de Segurança Pública.

O advento de ambas essas leis é recente e ocorreu em virtude da necessidade social, com o aumento dos casos de homicídio de mulheres pela condição de ser mulher, bem como pelo aumento do homicídio de agentes de segurança do Estado no exercício de sua função. Logo, é nítida a evidência de que o Estado e o Direito são movimentados dinamicamente conforme solicita a sociedade.

Vale salientar também uma decisão judicial do início do ano de 2020, que repercutiu bastante devido à uma discussão sobre o caráter de uma norma infraconstitucional que poderia ser considerada inconstitucional. A ação em questão (processo RG RE 0081786-95.2019.8.21.7000 RS - RIO GRANDE DO SUL 0081786-95.2019.8.21.7000) trata-se de um homem que se recusou a se submeter a um teste de alcoolemia e foi penalizado pelo Artigo 165 A, incluído pela Lei 13.281/2016, do Código de Trânsito Brasileiro, o qual prevê como infração de trânsito gravíssima a recusa a submeter-se à teste, exame clínico ou teste de alcoolemia, por exemplo. Diante disso, esse cidadão processou o Departamento Estadual de Trânsito/DETRAN do Rio Grande do Sul, em face de que o citado Artigo seria inconstitucional, por violar os Princípios Constitucionais de Liberdade (direito de ir e vir), Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação e Individualização da Pena, previstos no art. 5º, XV, LVII, LXIII, e XLVI da Constituição.

O caso suscitou uma grande repercussão nacional, por se tratar de um assunto comum a todos, motoristas e pedestres que compõem o trânsito brasileiro. Além disso, a repercussão ecoou ainda mais em vista do fato de o maior argumento apresentado na acusação ter sido apontar a norma como inconstitucional. A tamanha complexidade e relevância social do caso, o levou ao Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Luiz Fux deu a sua decisão do Recurso Extraordinário de Repercussão Geral proposto pelo DETRAN/RS (nº 1.224.374).

O Tribunal, por unanimidade, reputou constitucional a questão. O Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão

constitucional suscitada. (RIO GRANDE DO SUL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

A fundamentação dessa decisão baseia-se nos fatos ora aqui apresentados, a relevância social, a repercussão, a necessidade social e as circunstâncias. É válido ressaltar que o trânsito é responsável por uma quantidade considerável de mortes todos os anos, conforme dados divulgados pelo Ministério da Saúde, no próprio ano de 2020 foram registradas 30.168 mortes no trânsito brasileiro.

Por outro lado, não se desconhece a preocupação do legislador em conferir tratamento mais austero àquele que, na condução de veículo, sob a influência de álcool ou outra substância psicoativa, expõe a perigo os direitos à vida, à saúde e à segurança no trânsito. [...] Configura-se, assim, a relevância da matéria sob as perspectivas social, econômica e jurídica (artigo 1.035, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015), bem como a transcendência da questão cuja repercussão geral ora se submete ao escrutínio desta Suprema Corte. (RIO GRANDE DO SUL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

Logo, argumenta também o Ministro que a constitucionalidade do artigo citado não poderia ser afastada pelo direito individual de liberdade, quando confrontado com o direito fundamental coletivo à vida e à segurança no trânsito. Entende-se a situação da pandemia como a necessidade de se criar normas e regulamentos que antes não existiam, bem como os exemplos apresentados nos âmbitos do direito Civil e Penal. De fato, não precisaria haver leis para regular uma pandemia que antes não existia.

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que se pode analisar de forma análoga o caso apresentado e a questão recorrente no contexto do COVID-19: a situação de perigo e exceção são o trânsito e a pandemia; ao direitos constitucionais que foram “cerceados” são o princípio da liberdade (direito de ir e vir, em ambos os casos) e a Presunção de Inocência e de Não Auto Incriminação e Individualização da Pena (no caso do Recurso Extraordinário); e o fator que ambos têm em comum figura-se no fato de que tanto o Artigo 165 A, quanto a vacina e as medidas restritivas de segurança visam o bem coletivo sobre o individual, bem como argumentado pelo Ministro Luiz Fux, em sua sentença.

Logo, após todas as perspectivas apresentadas, verifica-se que o conflito entre o coletivo e o individual é antigo e recorrente, perpassou todas as heras e gerações humanas sem uma solução concreta ou permanente. É nítido que a iniciativa privada exerce grande influência e representa uma enorme porcentagem da vida em sociedade, além de exercer um importante papel econômico e social. No entanto, como explanado anteriormente, em momentos de crise e exceção, a ajuda do Estado é mais do que bem-vinda, a fim de regularos conflitos e problemas sociais, entre indivíduos, grupos, ou até mesmo entre a humanidade e uma doença.

“Liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.”
(Frase atribuída ao filósofo Montesquieu)

REFERÊNCIAS

BOLETIM EXTRAORDINÁRIO FIOCRUZ. Observatório Covid. Brasil. P.1.Mar2021.Disponível em: https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/boletim_extraordinario_2021-marco-16-red-red-red.pdf

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 10 nov. 2021.

DADOS PRELIMINARES MOSTRAM QUEDA NO NÚMERO DE MORTES NO TRÂNSITO BRASILEIRO EM 2020. Portal do Trânsito, 2020.

Disponível em: <https://www.portaldotransito.com.br/noticias/dados-preliminares-mostram-queda-no-numero-de-mortes-no-transito-brasileiro-em-2020/> Acesso em 12 de novembro de 2021.

HISTÓRIAGERAL.MeuArtigoBrasilEscola.Disponível em: <https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/historia-geral/a-guerra-dos-cem-anos.htm> Acesso em 12 de novembro de 2021.

MONTESQUIEU. Brasil Escola, 2021. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/montesquieu.htm> Acesso em 12 de novembro de 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. RECUSA DO CONDUTOR DO VEÍCULO À REALIZAÇÃO DE TESTE DE ALCOLEMIA.

ETILÔMETRO. BAFÔMETRO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. TEMAS CONSTITUCIONAIS A SEREM APRECIADOS NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.103. RELEVÂNCIA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE

REPERCUSSÃO GERAL. Rio Grande do Sul, 27 de fevereiro de 2020. P. 1 - 9. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/attachments/STF_RG-RE_1224374_69aa9.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1636658214&Signature=-fMUcRva082cvPd65uIaG9QmRSMM%3D

SENDEL M. J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa.** Ed. Afiliada, Riode Janeiro, 2015.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DIGITAL

Keillor Xarif de Paula Silva

RESUMO: O presente artigo versa sobre as teorias da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mais especificamente sobre o direito à liberdade de expressão em redes sociais. Fato é que as redes sociais são um dos principais meios de comunicação das pessoas no século XXI, assim, a regulamentação das big techs é um desafio para o mundo moderno.

O direito à liberdade de manifestação do pensamento é objeto de preocupação de todos os poderes da república, fato que demonstra isto é a Medida Provisória, que não perdurou muito, editada pelo Chefe do Poder Executivo; a devolução da referida Medida Provisória pelo Presidente do Congresso Nacional sem mesmo analisar seu mérito; e, por fim, as ADIs que declararam a inconstitucionalidade da Medida Provisória mesmo após estaperder seu objeto. Ainda, há um pequeno destaque para o parecer da Procuradoria Geral da República bem como à atuação do Tribunal Superior Eleitoral no tocante à preocupação com as famosas fake news.

Por último, a pesquisa traz uma reflexão quanto a complexidade do tema e dos desafios para a sua regulamentação, ademais, trata da importância do Parlamento brasileiro mediar o debate para que após amplo debate público possa regulamentar a matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Liberdade de expressão; redes sociais; direitos fundamentais; relações privadas.

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão é direito fundamental assegurado pela Constituição Federal, por Convenções Internacionais de direitos humanos, como o Pacto São José da Costa Rica, além de ser disciplinada pela legislação infraconstitucional. Tendo em vista o fenômeno da

quarta revolução industrial, e, conseqüentemente, da ocupação da internet e das redes sociais no dia a dia das pessoas é fundamental que o Poder Público delibere no sentido de regulamentar a eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo, da liberdade de expressão, nas relações entre as empresas particulares responsáveis pelas redes sociais.

Nesse sentido, é importante a observância das teorias da eficácia mediata e imediata, embora pouco explorada pela doutrina e jurisprudência brasileira, para que a liberdade de manifestação do pensamento seja disciplinada no mundo digital. Destarte, importante destacar que o direito à liberdade de manifestação é imprescindível para a manutenção do próprio estado democrático de direito, todavia, este direito fundamental não é absoluto.

1. TEORIAS DA EFICÁCIA

1.1 A DICOTOMIA ENTRE DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

A distinção entre direito público e direito privado não é recente, portanto, para a compreensão dessa dicotomia é necessário retroceder à Antiguidade, mais especificamente à *polis* grega. Aristóteles trazia a distinção entre a *polis* e a família, ou seja, respectivamente, o espaço público e o espaço privado.

Com o passar dos séculos, “o homem amplia suas relações sociais, integrando uma comunidade, ingressando em associações formais e informais, adquirindo bens e celebrando contratos”. (BARROSO, 2020, p. 79) Assim, o homem deixa de ser apenas um indivíduo e sim um cidadão, membro de uma sociedade política.

Enquanto o espaço público é marcado pela soberania estatal, princípio da legalidade e supremacia do interesse público; o espaço privado é notado pela livre iniciativa e a autonomia das partes. Logo, pode-se constatar o fenômeno do constitucionalismo do direito civil, e assim a hegemonia do direito público em face ao direito privado. O

Código Napoleônico transferiu sua centralidade às Constituições. “Ao longo do século, todavia, as novas demandas da sociedade tecnológica e a crescente consciência social em relação aos direitos fundamentais promoveram a superposição entre o público e o privado.” (BARROSO, 2020, p. 77)

No caso brasileiro, houve grande atraso à chegada do estado liberal. Ainda nos dias atuais há traços do patrimonialismo e do extrativismo na esfera pública, do interesse particular frente ao interesse coletivo. Conforme demonstrado no *best seller, why the nations failed*, o principal fator para o fracasso das nações está, sobretudo, relacionado a ausência de instituições políticas e econômicas verdadeiramente inclusivas, diferente da realidade extrativista que se vê no Brasil.

Entretanto, há de se celebrar os avanços, mesmo que não na velocidade desejada, protagonizados pela redemocratização. Assim,

A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu, assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre-iniciativa, a garantia do direito de propriedade, além de promover a proteção da família. Seu esforço mais notável, contudo, é o de procurar resguardar o espaço público da apropriação privada, o que faz mediante normas que exigem concurso para ingresso em cargo ou emprego público, licitação para a celebração de contratos com a Administração Pública, prestação de contas dos que administram dinheiro público, bem como sancionam a improbidade administrativa. (BARROSO, 2020, p. 85)

2. TEORIAS DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

2.1 TEORIA DA EFICÁCIA MEDIATA

A teoria da eficácia mediada, ou indireta, que teve sua tese adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, advoga a tese de que os direitos fundamentais teriam eficácia nas relações entre particulares apenas quando expressamente prevista pelo legislador, em matéria infraconstitucional.

Portanto, os adeptos desta teoria imputam ao legislador o ônus de legislar, e regulamentar, a incidência dos direitos fundamentais no espaço privado. Todavia, o legislador pode frustrar as demandas de seu eleitorado diante da dificuldade de se construir consenso no Parlamento. Nestas situações que incorra em omissão do Poder Legislativo, como o Estado procederá para a satisfação destes anseios?

De forma excepcional, o Poder Judiciário, poderá exercer o controle de constitucionalidade difuso — diferente do controle abstrato, que será exercido por órgão competente, geralmente, um Tribunal Constitucional — para “atribuir eficácia aos direitos fundamentais, atribuindo-lhes a condição de princípios objetivos e valendo-se das cláusulas gerais e conceitos indeterminados existentes no direito privado.”

Deste modo, é importante que os tribunais adotem a autocontenção em prol da segurança jurídica, visto que princípios e cláusulas gerais, geralmente, contém grande vagueza semântica. Tão como, cabe aos particulares preencherem as lacunas e vaguezas de determinadas cláusulas ao celebrarem um negócio jurídico, afim de evitar a intervenção estatal sobre sua autonomia privada — tudo isto, claro, dentro das possibilidades razoáveis de um Estado Democrático de Direito.

Os críticos da teoria da eficácia mediata alegam que o uso de preceitos fundamentais, que, via de regra, são imprecisos, poderiam

suprimir a autonomia privada, provocando insegurança jurídica. Entretanto, não há como negar que as cláusulas gerais, inerentes ao direito privado, também carecem de conceitos precisos tão como os preceitos fundamentais.

Ademais, Habermas, crítico da teoria da eficácia mediata, alega que:

Ao recorrer ao conceito de ordem objetiva de valores para se preencher o conteúdo das cláusulas gerais e conceitos indeterminados, corre-se o fundado risco de se substituir os juízos deônticos, realizados no plano do dever ser, por juízos axiológicos que levem em consideração a ponderação de valores. (CITAÇÃO)

De fato, a crítica do referido doutrinador não carece de boa fundamentação, visto que esta possibilidade poderia desencadear um ativismo judicial indesejável, principalmente nos dias atuais, onde tudo, mais cedo ou mais tarde, é judicializado. Importante destacar que:

A judicialização, como demonstrado anteriormente, é um fato, uma circunstância do desenho institucional das democracias contemporâneas. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance normativo. (BARROSO, 2018, p. 140)

Outrossim, um alvoroço quanto a teoria da separação dos poderes — onde o Poder Judiciário sairia da sua função típica de julgar. Dito isto, é de suma importância o papel deliberativo do Parlamento para regulamentar a referida eficácia. Na ausência desta primeira hipótese, o juiz, quando provocado, observando a autocontenção, poderá deliberar à luz do caso concreto.

Por fim, a teoria mediata teve seu apogeu quando o Tribunal Constitucional alemão adotou sua tese, no caso Luth, em 1958. De forma pioneira, a Corte Constitucional alemã admitiu a eficácia de direitos fundamentais na esfera particular. Segue a elucidação dos fatos à época:

O referido caso foi marcado por peculiaridades, Veit Harlan, foi um cineasta do regime nazista que foi julgado e inocentado no pós guerra. Após sua absolvição — sobre o argumento de que Harlan não poderia negar um pedido do Ministro da Propaganda, Joseph Goebbels, sem colocar em risco a própria vida —, Harlan voltou a lançar filmes sendo um deles alvo de boicotes nacionais, mobilizados por um jornalista judeu alemão, chamado Erich Luth. Logo, os produtores do filme processaram Luth sobre o fundamento de que estes boicotes violariam o Código Civil.

Os produtores saíram vencedores diante do Tribunal Estadual de Hamburgo, entretanto, houve a interposição de Reclamação ao Tribunal Constitucional Federal. Assim, o Tribunal Constitucional alemão deferiu a Reclamação interposta por Luth, sobre o argumento de que o impetrante estava exercendo o direito à liberdade de expressão.

Nesse sentido, ainda recente, houve um boicote similar contra um apresentador de um telejornal por falas homofóbicas. O boicote foi orquestrado por “um movimento de consumidores contra o financiamento do discurso de ódio e das fake news”, denominado, Sleeping Giants. Como consequência do movimento, o programa da emissora Rede TV perdeu cerca de 40 (quarenta) patrocínios — dentre as empresas estavam a MRV, BMW Group e Ford Brasil — e o apresentador teve sua conta suspensa do Instagram.

2.2 TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA

Diferentemente da teoria da eficácia mediata, os signatários da teoria imediata advogam a tese de que os direitos fundamentais são aplicáveis as relações entre os particulares.

não é necessária a intervenção estatal, seja esta intervenção protagonizada pelo Poder Legislativo ou Poder Judiciário, para a consolidação de direitos fundamentais em relações privadas. Destarte, os adeptos da teoria da eficácia imediata entendem, sobretudo, que os direitos constitucionais são direitos subjetivos, carecendo assim da interferência estatal para sua concretização entre particulares.

Modulação do direito fundamental para sua aplicação ao direito privado, devendo o legislador traçar as formas e possibilidades da eficácia destes direitos nas relações entre os particulares.

3. O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SEU ASPECTO INTERNACIONAL(SUPRALEGAL)

O direito à liberdade de expressão foi positivado por diversos tratados de direito internacional, tendo este direito características supranacionais, sendo objeto de tutela de órgão internacionais, inclusive da ONU (Organização das Nações Unidas). A UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura), em seu relatório, Tendências mundiais sobre a liberdade de expressão e desenvolvimento da mídia, afirma que:

A UNESCO é a agência das Nações Unidas que tem a missão específica de defender a liberdade de expressão, incumbida por sua Constituição de promover “o livre fluxo de ideias por meio de palavras e imagens”. A liberdade de imprensa, aplica-se aos tradicionais meios de comunicação impressos e de radiodifusão, bem como à nova mídia *online* e digital.

Ainda sobre a ótica do direito internacional, pode-se verificar normas sobre a liberdade de expressão em convenções das quais o Brasil é signatário. Entre elas, a Declaração Universal dos Direitos

Humanos, de 1948, que traz em seu artigo 19.1 que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”

Também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), em seu art. 13.1, afirma que:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Portanto, a liberdade de expressão é assegurada não só pelo ordenamento jurídico pátrio, mas, também, pelos tratados internacionais, que, inclusive, tem status supralegal. Logo, é de bom tom breve relato sobre a jurisprudência do STF quanto a validade das convenções internacionais.

De acordo com a Constituição Federal, os tratados e convenções aprovadas pelo Congresso Nacional serão equivalentes às emendas constitucionais. Logo, o STF, em um de seus mais célebres julgados no que tange o direito internacional, vedou a possibilidade de prisão civil ao depositário infiel, entendendo que, o art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário, tem status supralegal, sendo a prisão civil, disposta no art. 652 do Código Civil, inadmissível. No referido julgamento, o STF entendeu que:

Não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação

interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1 SÃO PAULO, p. 86, 2008)

Desse modo, pode-se concluir que o direito à liberdade de expressão possui amparo supralegal sendo dever do Estado assegurá-lo a seus cidadãos, sob pena de violação das convenções internacionais, bem como do direito pátrio.

3.2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO INFRACONSTITUCIONAL

O poder constituinte originário de 1988 não foi negligente no tocante à liberdade de expressão, inclusive, deu a este direito o status de direito fundamental, estando listada no art. 5º em diversos incisos, entre eles:

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

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

IX - É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Pode-se notar que a Cartam Magna não traz a expressão “liberdade de expressão” de forma explícita, todavia, há este direito assegurado de forma implícita. É livre a manifestação do pensamento, bem como é livre a expressão da atividade intelectual, entretanto, é vedado o anonimato e é assegurado a indenização por dano material, moral ou à imagem.

O direito infraconstitucional, ainda, dispõe quanto à responsabilidade cível penal do tocante à liberdade de expressão. O Código Civil imputa o ônus de indenizar àquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem. O Código Penal criminaliza a conduta de caluniar, difamar e injuriar alguém.

Além disso, no dia 1º de setembro de 2021, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 14.197/2021 que institui o Título XII do Código Penal, Dos Crimes Contra o Estado Democrático de Direito. A Lei nº 14.197/2021 criminalizou a conduta de incitar, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade.

4. MEDIDA PROVISÓRIA 1.068/2021

4.1 A MEDIDA PROVISÓRIA QUE NÃO PERDUROU

No dia 6 de setembro de 2021, véspera do feriado de Independência do Brasil – feriado marcado por protestos a favor do governo, contra o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional –, o Presidente Jair Messias Bolsonaro editou Medida Provisória de nº 1.068/2021 que alterou o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e a Lei que regula os direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) com o objetivo de limitar a remoção de conteúdo pelas redes sociais.

A Medida Provisória nº 1.068/2021 instituiu a Seção II ao Capítulo que trata Dos Direitos e Garantias dos Usuários. Dentre estes direitos estabelecidos pela Medida Provisória está:

Art. 8º As Aos usuários, nas relações com os provedores de redes sociais, são assegurados os seguintes direitos, sem prejuízo do disposto na Seção I deste Capítulo: V - não exclusão, cancelamento ou suspensão, total ou parcial, de serviços e funcionalidades da conta ou do perfil, exceto por justa causa, observado o disposto no art. 8º-B.

VI - não exclusão, suspensão ou bloqueio da divulgação de conteúdo gerado pelo usuário, exceto por justa causa, observado o disposto no art. 8º-C;

Parágrafo único. É vedado aos provedores de redes sociais a adoção de critérios de moderação ou limitação do alcance da divulgação de conteúdo que impliquem censura de ordem política, ideológica, científica, artística ou religiosa, observado o disposto nos art. 8º-B e art. 8º-C.

Pois bem, a Medida Provisória, *a priori*, limitava a exclusão, cancelamento e/ou a suspensão de perfis e, ademais, a exclusão, suspensão e/ou bloqueio de postagens realizadas pelos usuários. Todavia, a MP previa a possibilidade destas sanções por “justa causa”.

No tocante às limitações de perfis em redes sociais, a Medida Provisória definiu como justa causa:

Art. 8º-B Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, o cancelamento ou a suspensão, total ou parcial, dos serviços e das funcionalidades da conta ou do perfil de usuário de redes sociais somente poderá ser realizado com justa causa e motivação.

§ 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses: I - Inadimplemento do usuário; [...]

IV - prática reiterada das condutas previstas no art. 8º-C;

V - contas que ofertem produtos ou serviços que violem patente, marca registrada, direito autoral ou outros direitos de propriedade intelectual; ou
VI - cumprimento de determinação judicial.

Bem como, no que tange às limitações de postagens dos usuários, a Medida Provisória caracterizou a justa causa como:

Art. 8º-C Em observância à liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, a exclusão, a suspensão ou o bloqueio da divulgação de conteúdo gerado por usuário somente poderá ser realizado com justa causa e motivação.

§ 1º Considera-se caracterizada a justa causa nas seguintes hipóteses: II - quando a divulgação ou a reprodução configurar:

[...]

b) prática, apoio, promoção ou incitação de crimes contra a vida, pedofilia, terrorismo, tráfico ou quaisquer outras infrações penais sujeitas à ação penal pública incondicionada;

[...]

d) prática, apoio, promoção ou incitação de atos de ameaça ou violência, inclusive por razões de discriminação ou preconceito de raça, cor, sexo, etnia, religião ou orientação sexual;

[...]

h) prática, apoio, promoção ou incitação de atos contra a segurança pública, defesa nacional ou segurança do Estado;

IV - Cumprimento de determinação judicial.

Assim, as redes sociais, dentre elas, o twitter, objeto desta pesquisa, somente poderiam excluir ou suspender contas ou postagens de seus usuários mediante as condutas catalogadas acima. Importante destaque aos incisos IV e VI do § 1º, art. 8º-B da Medida Provisória

nº 1.068/2021. Nos quais, salientam a prática reiterada de condutas referente ao direito de liberdade de expressão para que o twitter, por exemplo, possa limitar os seus usuários.

Entre estas condutas, está o ato de incitar crimes de ação penal pública incondicionada. Ou seja, crimes que prosseguirão, tão somente, mediante notícia do fato. Como, por exemplo, ocorre nos crimes contra a vida, pedofilia, terrorismo etc.

Não obstante, os crimes de ação penal pública condicionada a representação – como o crime de ameaça – e os crimes de ação penal de iniciativa privada – como difamação, injúria e/ou calúnia – não serão, *a priori*, objeto que constitua elemento suficiente para a suspensão ou exclusão de um tweet, por exemplo, ou, até mesmo, a suspensão ou exclusão de uma conta.

Também, há a possibilidade de exclusão ou suspensão de contas por apoio, promoção ou incitação de atos contra a segurança pública, defes nacional ou segurança do estado. Mas, não há previsão legal, a princípio, do banimento de contas por apologia a atos atentatórios contra os poderes constituídos.

Portanto, agentes com capacitação de recrutamento indireto de seguidores poderiam incitar, em tese, a promoção de atos atentatórios contra as instituições, como o Tribunal Superior Eleitoral, o Ministério Público, o Supremo Tribunal Federal, entre outras instituições. Ainda, a Medida Provisória não faz menção a promoção de notícias fraudulentas, como notícias sobre vacinas causarem AIDS, ou algo do gênero.

Por fim, a Medida Provisória 1.068/2021 deu prazo de 30 dias, a contar da data de sua publicação, para que os provedores de redes sociais adequem suas políticas e seus termos de uso de acordo com o estabelecido na referida Medida Provisória. O que de fato não ocorreu, pois, a Medida Provisória foi devolvida ao Poder Executivo, pelo Presidente do Congresso Nacional, além de suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, assim, do ponto de vista pragmático, incorreu que a Medida Provisória nunca chegou a entrar em vigor.

5. O CONGRESSO NACIONAL

O Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, devolveu a Medida Provisória 1.068/2021 ao Presidente da República sem que as Casas analisassem o mérito da MP. Este foi o quarto precedente no que tange a devolução de Medidas Provisórias, sem a análise do mérito, ao Poder Executivo, e a segunda vez em que isso ocorre no governo Bolsonaro.

A Constituição de 1998 prevê o instituto da Medida Provisória, que terá força de lei, e deverá ser submetida de imediato ao Congresso Nacional (art. 62, *caput*, da Constituição Federal/1988). Desde a redemocratização, apenas três Presidentes da República tiveram Medidas Provisórias devolvidas pelos respectivos Presidentes do Senado Federal.

O atual governo, teve a Medida Provisória nº 979/2020 devolvida pelo então Presidente do Congresso Nacional, senador Davi Alcolumbre, no dia 12 de junho de 2020, pois, o referido senador entendeu que a MP era inconstitucional. Tal Medida Provisória permitia que o governo nomeasse livremente reitores de universidades públicas e instituições federais sem consulta prévia ou lista tríplice.

Mais recentemente, Rodrigo Pacheco também devolveu ao Presidente da República a Medida Provisória nº 1.068/2021 que limitava a exclusão, suspensão e cancelamento de contas pelas redes sociais.

O ato de devolução de MP pelo Presidente do Senado Federal encontra respaldo legal no Regimento Interno desta Casa, que prevê:

Art. 48. Ao Presidente compete:

XI - impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou a este Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

Embora possa se questionar a legitimidade, e até mesmo a constitucionalidade, de um Presidente de duas Casas colegiadas poder, de forma monocrática, devolver uma Medida Provisória sem a apreciação do colegiado, fato é que a decisão foi tomada. Nesse sentido, no Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional que devolveu a MP, Pacheco ainda argumentou sobre o caráter excepcional desta medida.

CONSIDERANDO que, nada obstante integrem o conjunto de atribuições do Presidente da República, as medidas provisórias consistem, por definição diretamente constitucional, em instrumento de uso excepcional, não apenas pela necessária presença dos pressupostos de urgência e relevância, mas também pela impositiva observância do princípio fundamental da separação dos poderes e da consequente proeminência atribuída ao Poder Legislativo na produção legislativa do País, conforme os arts. 2º, 44, 48 e 62, todos da Constituição Federal;

Por fim, a Medida Provisória foi devolvida ao Presidente Bolsonaro e, até o presente momento, sua matéria não foi apreciada pelo pleno do Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Não obstante a derrota do governo frente ao Poder Legislativo, quase concomitantemente, a Medida Provisória foi apreciada de forma cautelar pela Ministra Rosa Weber que a julgou inconstitucional.

6. ADIS (MEDIDA CAUTELAR MIN. ROSA WEBER E PARECER PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA)

6.1 O RECADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Ministra Rosa Weber deferiu os pedidos de sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal que

questionavam a Medida Provisória 1.068/2021. As ADIs foram ajuizadas por seis partidos políticos e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Também, posteriormente, a Ministra Relatora requereu que sua cautelar fosse ao plenário da Corte para referendo ou não da decisão.

[...]

Inicialmente, Rosa Weber afirmou que a edição da MP viola princípios basilares assegurados pela Constituição, dentre eles, o princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e art. 170, *caput*, CF); o princípio da função social da empresa (arts. 5º, XXIII, e 170, III, CF); o princípio da liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX, CF), dentre outros. Ademais, a Ministra destacou que a edição da Medida Provisória “esvazia o esforço institucional empreendido pelos Poderes Legislativos e Judiciário no combate à desinformação (*fake news*) e impedir a retirada de conteúdos que veiculem crimes contra a honra”.

Esforço institucional que pode ser notado por parte do Poder Legislativo no tocante a criminalização das *fake news* seja em Comissão Parlamentar Mista de Inquérito que ocorreu no ano 2019, projetos de leis, audiências públicas etc. Além disso, o Congresso Nacional, por meio da Lei nº 13.964/2019, agravou apenas de crimes contra a honra.

Também, destaca-se o esforço institucional por parte do Supremo Tribunal Federal que, no ano de 2019, deu início ao inquérito das *fake news* que tem como objetivo investigar a existência de notícias falsas, atentados à democracia dentre outros crimes contra a honra de Ministros da Corte Suprema do país.

Embora se possa questionar a legitimidade do STF para dirigir um inquérito cujo relator foi escolhido “a dedo” pelo então Presidente desta Corte, Min. Dias Toffoli, assim como se possa questionar a inércia do titular da ação penal pública atuante naquele Corte no tocante ao referido inquérito, verdade é que as *fake news* é objeto de preocupação das instituições brasileiras e, também, da comunidade internacional.

[...]

A Medida Provisória também foi declarada inconstitucional pelo vício formal, ou seja, pela sua forma, pois, a Medida Provisória não

atende aos requisitos formais preponderantes a edição desta. O art. 62, *caput*, da CF afirma que o Presidente da República, poderá adotar medidas provisórias, que terá força de lei, desde que atendidos os requisitos formais de relevância e urgência. O que *incasu*, não ocorreu.

Ademais, as Medidas Provisórias são um dos principais motivos dos embates entre Poder Executivo e Poder Legislativo pois tais medidas tomam aspautas de ambas as Casas do Congresso Nacional. Destarte, há de se constatar que o supremo, via de regra, mantém a discricionariedade no que tange a suspensão de Medidas Provisórias por descumprimento de requisitos formais, todavia, não foi o que ocorreu na MP 1.068/2021, visto que a MP já teria perdido o objeto no ato em que Rodrigo Pacheco a devolveu ao Presidente da República.

De acordo com o art. 62, § 1º, I, *a e b*, CF, e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Medidas Provisórias não podem dispor sobre direitos fundamentais. Portanto, *a priori*, a decisão da Ministra, que posteriormente foi referendada pelo pleno da Corte Constitucional brasileira, é dotada de ótima fundamentação, visto que a liberdade de manifestação do pensamento é um direito fundamental. Não obstante, vale lembrar que este direito não é absoluto.

7. O PARECER DA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

De acordo com a Lei que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868/1999) o Procurador Geral da República, no prazo de 15 (quinze) dias, emitirá parecer quanto à referida ação. Augusto Aras, no dia 13 de setembro de 2021, emitiu opinião favorável à suspensão da MP que alterou o Marco Civil da internet.

Segundo o PGR:

É prudente que se aguarde a deliberação do Congresso Nacional sobre o atendimento dos requisitos de relevância e urgência na edição da MP1.068/2021, ante as peculiaridades de sua tramitação, sem prejuízo de

posterior análise do cumprimento daqueles mesmos requisitos pelo Supremo Tribunal Federal, nos limites definidos pela própria jurisprudência da Corte.

Augusto Aras entendeu que a deliberação quanto aos requisitos formais, relevância e urgência, deve ser feita pelo Congresso Nacional, o que ocorreu quando Rodrigo Pacheco devolveu a Medida Provisória ao Presidente da República. Todavia, embora o STF mantenha, em regra, a discricionariedade no tocante ao controle de constitucionalidade de pressupostos formais para a edição de Medidas Provisórias, fato é que estes atos são passíveis de impugnação jurisdicional, conforme jurisprudência do STF.

Além disso, assevera o PGR que:

Por envolver um dos temas mais complexos e relevantes no atual estágio de desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, é necessário que a controvérsia a respeito da constitucionalidade da Medida Provisória 1.068/2021 seja submetida a amplo debate, seja no Congresso Nacional, seja nesta ação direta, por técnicos, por representantes da sociedade civil e pelas próprias empresas que hospedam os conteúdos de redes sociais, antes de ser objeto da manifestação conclusiva do Ministério Público e de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a plausibilidade do direito alegado.

Portanto, de acordo com a PGR, pela complexidade do tema, a limitação da remoção de conteúdos pelas redes sociais deveria ser melhor debatido para que possa haver melhor regulamentação da matéria. Principalmente, se observados os desafios proporcionados pela complexidade do assunto. Por fim, apesar de, a princípio, Augusto Aras entender que o aspecto da inconstitucionalidade formal seja apreciado pelo Congresso Nacional, o Procurador Geral da República

manifestou favorável a concessão de medida cautelar, a fim que sejam suspensos os efeitos da Medida Provisória debatida em questão.

[...]

8. CONCLUSÃO

Há quem diga que estamos vivenciando a quarta revolução industrial, expressão frequentemente utilizada para ilustrar as transformações tecnológicas que podemos observar diariamente no mundo contemporâneo.

Comparada às Revoluções anteriores, esta se desenvolve em velocidade exponencial, ao invés de linear. Inovações e avanços tecnológicos constroem esse admirável mundo novo da tecnologia da informação, da biotecnologia, da nanotecnologia, da inteligência artificial, da robótica, da impressão em 3-D, da computação quântica, de carros autônomos e da internet das coisas. (BARROSO, 2021, p. 82)

A globalização e a complexidade das sociedades atuais é um fenômeno novo jamais foi visto antes na história da humanidade. Ilustra Barroso:

A Revolução Digital de fato transformou profundamente a maneira como se realiza uma pesquisa, fazem-se compras de mercadorias, reserva-se um voo ou ouve-se música, para citar alguns exemplos. No Supremo Tribunal, hoje, a maior parte dos processos é eletrônico. [...] A sociedade contemporânea vive sob um novo vocabulário, que identifica utilidades que até ontem não existiam e sem as quais já não saberíamos viver. Como exemplo:

Google, Windows, Mac, WhatsApp, Telegram, Uber, Dropbox, Skype, Fcetime, Facebook, Twitter, Instagram, Waze, Spotify, Amazon, iTunes, Netflix e YouTube. Para os solteiros, tem o Tinder, também. (BARROSO, 2021, p. 81)

Nessa perspectiva, não é raro se deparar com notícias que algumas destas plataformas digitais tenham excluindo ou suspendendo contas ou postagens de usuários. Recentemente, o YouTube, Facebook e Instagram excluíram vídeos de uma live do Presidente Bolsonaro, o qual, associava a vacina contra a Covid-19 ao desenvolvimento do vírus da Aids. De acordo com as diretrizes da comunidade do YouTube:

No YouTube, não permitimos certos tipos de conteúdo enganoso que pode causar danos graves. Isso inclui desinformação que possa apresentar riscos reais (como a promoção de medicamentos ou tratamentos nocivos), alguns tipos de conteúdo tecnicamente manipulado ou vídeos que interfiram em processos democráticos. (<https://support.google.com/youtube/answer/9288567>)

Ainda, o YouTube esclareceu que:

Removemos um vídeo do canal de Jair Bolsonaro por violar as nossas diretrizes de desinformação médica sobre a Covid-19 ao alegar que as vacinas não reduzem o risco de contrair a doença e que causam outras doenças infecciosas.

As nossas diretrizes estão de acordo com a orientação das autoridades de saúde locais e globais, e atualizamos as nossas políticas à medida que a orientação muda. Aplicamos as nossas políticas de forma consistente em toda a plataforma, independentemente de quem for o criador ou qual a sua opinião política. (CNN, 2021)

Assim, parece razoável presumir que vincular a vacinação contra a maior epidemia das últimas décadas ao vírus da Aids é uma prática de desinformação, visto que a possibilidade de contrair Aids por meio de vacinas não possui qualquer amparo científico até o presente momento. Além disso, os índices de vacinação vêm demonstrando a queda da média móvel de mortes, portanto, a abdicação da vacina por meio de seguidores de um influenciador é passível de danos graves à população.

A título de ilustração, segue o que talvez seja o maior episódio de uma suspensão de perfil por uma big tech. O banimento permanente da conta do então presidente da maior potência do mundo.

Em 2020, após as eleições dos Estados Unidos da América, o então Presidente, Donald Trump teve sua conta permanentemente banida pelo Twitter. O processo eleitoral norte americano foi marcado pela invasão de vândalos, que se diziam republicanas, ao Capitólio, bem como pelo não reconhecimento da vitória de Joe Biden por Donald Trump.

A medida foi tomada após a plataforma entender que Trump incitou a violência e não reconheceu o processo eleitoral democrático. A rede social de Trump tinha cerca de 88 milhões de seguidores e era seu principal meio de comunicação.

Pois bem, o Twitter derrubou a conta do presidente em exercício da maior economia do mundo. Um homem bilionário marcado por seus discursos inflamados foi parado pela rede social azul e teve sua conta definitivamente suspensa.

Além disso, durante as eleições de 2020 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) demonstrou sua preocupação com as notícias falsas firmando parceria com o Twitter a fim de lançar um recurso para o enfrentamento à desinformação nas eleições do referido ano. Ademais, a parceria entre estas partes tinha como propósito a definição de medidas concretas para alcançar tal objetivo.

Dentre as iniciativas o qual o Twitter se comprometeu a implementar estão: atuar diligentemente na análise de denúncias feitas pelo TSE por possíveis violação das regras da plataforma; e,

auxílio na divulgação de conteúdos de serviço ao eleitor produzidos pela conta do TSE no Twitter.

Tendo em vista a quarta revolução industrial e a expansão das redes sociais há de se compreender a preocupação do TSE no que tange à liberdade de manifestação do pensamento, sobretudo, no tocante às eleições, pois, é cada vez mais comum que eleitores formem suas convicções políticas partidárias com base no que é noticiado no mundo digital.

Diante de todo o exposto no presente artigo não resta dúvidas de que a liberdade de manifestação do pensamento é de suma importância para os cidadãos, além disso, esta garantia possui amparo supralegal, pois é assegurada por diversas convenções internacionais e possui amparo constitucional.

Ademais, pode-se afirmar que a liberdade de expressão é fundamental para a manutenção da própria democracia, sendo objeto de preocupação do Supremo Tribunal Federal, por meio do inquérito das fake news, e do próprio Tribunal Superior Eleitoral, por meio de campanhas contra a disseminação de notícias falsas.

Razão pela qual é imprescindível que haja a regulamentação da presente matéria para que possa haver maior previsibilidade e segurança jurídica no que tange as redes sociais e a liberdade de manifestação do pensamento. Atualmente há mais perguntas do que respostas no tocante a este tema, e não poderia ser diferente, pois, este desafio não é apenas brasileiro, mas sim global.

Os critérios instituídos pelas big techs para excluir publicações estão em conformidade com a Constituição? Por que o twitter deleta uma publicação de determinada figura pública por entender que tal publicação viola as regras da plataforma e não deleta publicação semelhante das demais pessoas? Há isonomia? Quem deve deter o poder de classificar determinada narrativa como verdadeira ou falsa?

A presente pesquisa não tem a intenção de trazer respostas a estas perguntas, mas sim demonstrar ao leitor a complexidade do tema. O mundo globalizado e a era digital são capazes de gerar uma transformação que o Poder Público não é capaz de trazer respostas há

tempo. Motivo pelo qual disciplinar esta matéria é um desafio para toda o mundo contemporâneo.

Apesar de se tratar de empresas particulares, o Estado não pode ser omissor quanto a esta matéria, sobretudo, pelo espaço que as redes sociais ocupam na vida de seus cidadãos. Verdade é que nos dias de hoje não é difícil constatar a influência das redes sociais no cotidiano das pessoas. Cada vez mais as pessoas vêm a se informar por redes sociais, usam estas como meio de divulgação de seu trabalho, ou até mesmo o seu próprio meio de trabalho.

Portanto, a teoria da eficácia mediata parece conter a chave para a solução desta problemática. Pois, deve partir do Parlamento a iniciativa de disciplinar a eficácia dos direitos fundamentais, sobretudo, da liberdade de expressão, nas relações entre as empresas responsáveis pelas redes sociais.

Conforme já verificado no presente artigo, o direito à liberdade de manifestação do pensamento não é absoluto, todavia, qualquer restrição a este direito – principalmente, quando tal restrição parte de um particular – deve ser debatido para que possa haver segurança jurídica e previsibilidade nestas decisões. Diante disto, o Congresso Nacional, após amplo debate público, deveria disciplinar a matéria para que não haja eventuais abusos por parte destas empresas privadas. Bem como, disciplinar a forma e o procedimento da suspensão destes usuários.

Destarte, Medida Provisória, conforme editada pelo Presidente Jair Bolsonaro, não nos parece ser o meio adequado para a discussão da presente matéria, visto que, o instituto da Medida Provisória é marcado pelos casos da relevância e urgência. Além de possuir trâmite peculiar, pois, deverá ser convertida em Lei no prazo de 60 dias, prorrogáveis por igual período.

REFERÊNCIA

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da Vida e o Papel do Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, Fórum, 2018.

BRASIL. **Medida Provisória** nº 1.068, de 6 de setembro de 2021. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 6 dez.

BRASIL. **Regimento Interno do Senado Federal** nº 93, de 1970.

BRASIL. **Memorado de Entendimento-TSE** nº 38/2020. <https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/209960-brasileiros-usaram-redes-sociais-5h-diarias-2020.htm>

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE PERÍODO DE CARÊNCIA, POR FORNECEDORAS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, PARA A COBERTURA DE ATENDIMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES DE URGÊNCIA E DE EMERGÊNCIA, À LUZ DA TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vinícius Fernandes Reis

RESUMO: Este artigo trata sobre a inconstitucionalidade da fixação de período de carência, por fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, para a cobertura de casos médico-hospitalares de urgência e de emergência, à luz da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais. A metodologia utilizada foi a jurídico-sociológica, apoiada no raciocínio dedutivo-indutivo, em caráter interdisciplinar. O tema-problema foi “as fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde possuem autonomia para limitar, no tempo, a abrangência da cobertura de atendimentos médico-hospitalares de urgência e de emergência, em detrimento do direito fundamental à saúde?” E a hipótese foi que o direito à saúde se sobrepõe à autonomia da vontade das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde. O objetivo desta pesquisa foi verificar a incidência do direito fundamental à saúde no âmbito das relações privadas estabelecidas entre as prestadoras de serviços de saúde suplementar e seus clientes. Atingido este objetivo, constatou-se que o ordenamento jurídico brasileiro e a orientação jurisprudencial dos tribunais superiores demonstram que o direito fundamental à saúde produz efeitos diretos nas relações privadas, de modo que a fixação da cláusula de carência em questão é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: direito à saúde; autonomia privada; plano de saúde; seguro saúde; Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata sobre a impossibilidade de fixação de período de carência por fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, para a cobertura de casos de atendimentos médico-hospitalares de urgência e de emergência, à luz da Constituição Federal (CF), do Código de Defesa do Consumidor (CDC), do Código Civil (CC), de leis específicas que regulamentam o setor, de súmulas de tribunais superiores, de entendimentos jurisprudenciais e da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais.

Este estudo buscará respostas para o seguinte tema-problema: as fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde possuem autonomia para limitar, no tempo (mediante a estipulação de carência contratual), a abrangência da cobertura de atendimentos médico-hospitalares de urgência e de emergência, em detrimento do direito fundamental à saúde?

A hipótese para a questão formulada é que o direito à saúde se sobrepõe à autonomia da vontade das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, de sorte que estas não podem limitar a cobertura de atendimentos de urgência e de emergência por meio da fixação de período de carência.

O objetivo deste artigo é verificar a incidência do direito fundamental à saúde no âmbito das relações privadas mantidas entre as prestadoras de serviços de saúde complementar e seus clientes (beneficiários). Já os objetivos específicos, auxiliares do objetivo geral, são:

- a) diferenciar planos e seguros privados de assistência à saúde;
- b) expor as leis que regulam o setor da saúde complementar;
- c) esclarecer os limites da autonomia das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde;
- d) identificar de que modo a jurisprudência pátria tem se orientado – se mais favorável aos clientes ou aos agentes particulares que prestam serviços de saúde complementar;

e) aplicar a Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais nas relações privadas em evidência.

A justificativa para a escolha deste tema-problema é a sua atualidade e relevância - traduzida em seu impacto social -, especialmente em face da pandemia da COVID-19, que expôs a urgente necessidade de se debater e consolidar importantes questões na seara da saúde.

A primeira parte do referencial teórico desta pesquisa, traduzida na revisão de literatura, contemplará doutrinas, artigos científicos, artigos de lei e orientações jurisprudenciais. Já a segunda parte, correspondente ao estado da arte, será consolidada por meio da análise jurisprudencial. Por fim, a terceira parte, que diz respeito ao marco teórico, se fundará na conclusão de que a autonomia da vontade das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde não pode sobrepor a incidência do direito fundamental à saúde no âmbito das relações privadas, com esteio na Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais.

A vertente metodológica utilizada corresponderá à linha jurídico-filosófica - afinal, pretende-se discutir a validade e a justiça das normas que regulam o tema proposto -, apoiada pelo raciocínio dedutivo-indutivo - visto que serão analisados tanto conceitos teóricos quanto casos concretos -, em caráter interdisciplinar - tendo em conta que a pesquisa se apoiará em noções de direito constitucional, direito civil, direito do consumidor etc.

Finalmente, o tipo de investigação utilizada neste estudo será compreensivo e hermenêutico, enquanto os métodos utilizados serão o teórico bibliográfico, o da análise de jurisprudência e, também, o de estudo de caso.

2. O DIREITO À SAÚDE E A AUTONOMIA DAS FORNECEDORAS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

De acordo com a Constituição Federal (CF), a saúde é “direito de todos e dever do Estado” (art. 196), que se encontra elencado no rol

de direitos sociais (art. 6º), cuja proteção e defesa são de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, XII), enquanto a regulamentação, fiscalização e controle são de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 197) (BRASIL, 1988). Destarte, conforme a doutrina de Branco e Mendes (2020):

É possível identificar na redação do artigo constitucional tanto um direito individual quanto um direito coletivo de proteção à saúde. Dizer que a norma do art. 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição (BRANCO; MENDES, 2020).

Apesar de ser classificado, primordialmente, como social, o direito à saúde – assim como todos os demais direitos de segunda dimensão – é revestido de fundamentalidade, pois não existe “vida digna sem a garantia de condições mínimas de existência tuteladas pelos direitos econômicos, sociais e culturais” (VANONI, 2016). Nesta acepção, tem-se que o direito à saúde se encontra intrinsecamente ligado ao direito fundamental à vida, previsto no art. 5º da CF, visto que “sem saúde, não há vida” (SILVA, 2017). Por conseguinte, além de ambos os direitos fundamentais serem agregados, eles também possuem relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III da CF; afinal, “para a Constituição, não basta ao indivíduo estar biologicamente vivo, é preciso que essa vida seja digna” (SILVA, 2017).

Nessa perspectiva, vale ressaltar que a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), datada de 1946 e ratificada pelo Estado Brasileiro por meio do Decreto nº 26.042/1948, prevê, em seu preâmbulo, que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser

humano” (BRASIL, 1948). A relevância da proteção à saúde também está implicitamente prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1945, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 19.841/1945 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), datada de 1969, promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 678/1992, bem como em outros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Em se tratando da autonomia das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, tem-se que é assegurada pela CF, nos termos do art. 199, que prevê que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 1988). Essa prerrogativa é reafirmada no âmbito infraconstitucional, por meio dos arts. 20 a 23 da Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), que normatizam a participação de capital estrangeiro na assistência à saúde e balizam tal prestação de serviços (de modo geral) aos princípios éticos e às normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 1990b).

A regulamentação específica das atividades do setor de saúde suplementar compete à Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde) que, dentre outras medidas, criou o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e Lei nº 10.185/2001, que normatizou a especialização das seguradoras de planos privados de assistência à saúde. Além disso, a Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) e a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) também regulam, subsidiariamente, a relação entre clientes e fornecedoras de seguros e planos privados de assistência à saúde.

Haja vista que a mercantilização da assistência à saúde não é vedada pelo ordenamento jurídico pátrio e tendo em conta que a regulamentação, fiscalização e controle deste direito são de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, é indispensável mencionar o estado da judicialização da saúde. De acordo com o relatório analítico propositivo “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução”,

elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ), “o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processos judiciais cresceu 50%” (DPJ/CNJ, 2019). Esses dados evidenciam a relevância e a atualidade do tema, bem como a sua controvérsia.

Cumprе salientar que o relatório supracitado não compreendeu a crise pandêmica provocada pela COVID-19 – que causou milhares de mortes, não só no Brasil como no mundo, que certamente requereram tratamento médico-hospitalar emergencial -, de modo que é possível inferir que, em 2020 e 2021, o número de demandas judiciais relativas à saúde cresceu ainda mais. Assim, em virtude da urgência, complexidade e sensibilidade do tema, diversas questões envolvendo planos e seguros privados de assistência à saúde passaram a ocupar o centro de importantes discussões jurídicas - sobretudo as que dizem respeito a atendimentos de urgência e de emergência, afinal, estes ameaçam, de maneira direta, o direito fundamental à saúde.

Embora o legislador tenha estabelecido, por meio do art. 12, V, “c”, da Lei dos Planos de Saúde, o período de carência - lapso temporal, contratualmente previsto, entre o início do contrato e a possibilidade de utilização dos serviços contratados (FIGUEIREDO, 2012) - máximo de 24 (vinte e quatro) horas para a cobertura de atendimentos de urgência e de emergência por planos e seguros privados de assistência à saúde, identifica-se um conflito entre esta norma e a obrigatoriedade de atendimento nos casos de emergência e de urgência, assegurada pelos arts. 35-C, I e II, respectivamente, da lei supracitada (BRASIL, 1998). Ademais, é possível notar uma ameaça direta aos direitos fundamentais à vida e à saúde, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sobrevém, dessa forma, a questão sobre o que deve prevalecer no âmbito das relações jurídicas entre pessoas físicas e entidades privadas prestadoras de serviços de saúde suplementar: se o direito fundamental à saúde ou a autonomia da vontade contratualmente expressa.

2.1 A DIFERENÇA ENTRE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Segundo a doutrina de Figueiredo (2012), os contratos de plano privado de assistência à saúde são aqueles nos quais o beneficiário se obriga a pagar uma contraprestação pecuniária periódica, sob a forma de benefício salarial, enquanto a contratada se obriga a custear o atendimento médico-hospitalar prestado em rede específica (rede credenciada) “nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas”. Por outro lado, ainda de acordo com esse autor, os seguros privados de assistência à saúde consistem em “uma modalidade de transferência de risco na qual o segurador, mediante contrato, se obriga a indenizar o segurado na hipótese de ocorrência de fatos danosos à vida, à saúde, aos direitos ou ao patrimônio do segurado”.

Em síntese, conclui-se que os planos privados de assistência à saúde compreendem a cobertura e o custeio de atendimentos médico-hospitalares, contratualmente previstos e prestados em redes credenciadas. Já os seguros privados de assistência à saúde compreendem a indenização do segurado, mediante a ocorrência de sinistro (devidamente convencionado no contrato de seguro), tão logo este seja comunicado à seguradora, devendo a livre escolha do médico e do hospital ser garantida ao segurado, nos termos do art. 130, § 2º do Decreto-Lei nº 73/1966 (BRASIL, 1966).

Apesar de apresentarem determinadas similaridades – principalmente porque a Lei dos Planos de Saúde quase os equiparou (FIGUEIREDO, 2012) –, ambos os contratos acima descritos possuem consideráveis diferenças. A primeira, mais notória, diz respeito à escolha do prestador dos serviços médico-hospitalares: no caso do plano, esta é limitada às redes credenciadas da operadora; em contrapartida, no caso do seguro, a escolha é livre. Vê-se, ademais, que o seguro saúde possui prazo determinado e envolve pagamento uno (o segurado só paga o valor previsto na apólice), enquanto o plano

de saúde possui prazo indeterminado e envolve pagamento sucessivo (FIGUEIREDO, 2012).

2.2 AS LIMITAÇÕES À AUTONOMIA DAS FORNECEDORAS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A autonomia da vontade das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, logicamente, não é irrestrita. Além de se sujeitarem às limitações objetivas e subjetivas impostas pela CF, esses agentes econômicos privados também devem atender às disposições de leis especiais e, subsidiariamente, de leis gerais. Outrossim, a jurisprudência – notadamente de tribunais superiores – tem pacificado e uniformizado importantes orientações, que são indispensáveis à construção e desenvolvimento desta pesquisa. À vista do exposto, esta seção se destinará a detalhar as limitações já consolidadas à autonomia dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

2.2.1 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A CF impõe diversas limitações ao setor de saúde suplementar, mormente de modo subjetivo. Objetivamente, tem-se que a Lei Maior veda, no art. 199, parágrafos 2º e 3º, a “destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos” e a participação de empresas ou capitais estrangeiros no setor de saúde suplementar brasileiro, com exceção dos casos previstos em lei (BRASIL, 1988) – questões alheias ao foco do presente estudo. Todavia, no âmbito das relações privadas que são objeto da presente pesquisa, a Constituição não realiza maiores normatizações, razão pela qual os direitos fundamentais e os princípios constitucionais imperam.

Como demonstrado na seção 2 deste artigo¹, a tutela de direitos fundamentais e princípios basilares, tais quais o direito à vida, o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, previstos nos arts. 5º, 6º e 1º, III, respectivamente – todos intrinsecamente interligados – constitui o alicerce para a atuação das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde. Em suma, as entidades privadas que prestam serviços de saúde suplementar não podem atentar contra os mencionados direitos e princípio, pois isso prejudicaria a legitimidade da atuação destas. Nesse sentido, o art. 5º, § 1º da CF prevê expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Para Branco e Mendes (2020), os direitos fundamentais são normas que regulam diretamente as relações jurídicas. Em virtude dessa característica, os doutrinadores supracitados defendem que é desnecessária a reafirmação de normas constitucionais, pelo legislador, para que elas sejam efetivadas, porquanto “os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação”, aplicando os direitos fundamentais “mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles” (BRANCO, MENDES, 2020).

2.2.2 LIMITAÇÕES ESPECIAIS

O principal marco da regulação especial do setor da saúde suplementar, no Brasil, é a Lei nº 9.656/1998. Esta lei foi editada com o objetivo de coibir o cometimento de abusos em face da parte contratualmente hipossuficiente (beneficiário do contrato de assistência à saúde), mediante a garantia do cumprimento da função social do pacto firmado, em atenção à concepção ética e social incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo CC.

¹ Seção “2 O DIREITO À SAÚDE E A AUTONOMIA DAS FORNECEDORAS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE”.

Dentre outras matérias, a Lei dos Planos de Saúde disciplinou o que se entende por “operadora de plano privado de assistência à saúde” e “contrato privado de assistência à saúde”, bem como criou o CONSU – órgão colegiado deliberativo, que atua em conjunto com a ANS na regulamentação e controle da prestação de serviços de saúde suplementar (BRASIL, 1998) – e previu expressamente, no art. 35-G, a aplicação subsidiária do CDC aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Em relação à fixação de períodos de carência contratual pelas entidades fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, para a cobertura de atendimentos de urgência e de emergência, o art. 12, V, “c” da Lei dos Planos de Saúde, determina que o prazo máximo é de 24 horas (BRASIL, 1998) – determinação reiterada pela Súmula nº 597, do STJ (BRASIL, 2017a). Nessa linha, é relevante mencionar que o art. 35-C, I e II desta lei determina a obrigatoriedade de cobertura de atendimentos de urgência e de emergência, sem ressalva quanto a prazos de carência.

Já a Lei nº 9.961/2000 - fruto da conversão das Medidas Provisórias nº 1.928, 2.003-1 e 2.012, todas de 1999 -, criou a ANS, agência estatal independente e autônoma, integrante da Administração Indireta, composta por diversas diretorias (órgãos de especialização) destinadas à fiscalização e regulamentação do setor de seguros e planos privados de assistência à saúde (BRASIL, 2000). Este órgão foi criado em virtude da singularidade e interesse coletivo que envolvem o mercado de saúde suplementar, e sua principal função é harmonizar os interesses público (do Estado), privado (dos agentes econômicos) e coletivo (dos consumidores), de maneira neutra e apolítica (FIGUEIREDO, 2012). Convém salientar, ainda, que o art. 4º, XXXVI desta lei, prevê que compete à ANS “articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde” (BRASIL, 2000).

Por fim, a Lei nº 10.185/2001 normatizou a especialização das operadoras de planos privados de assistência à saúde, mediante a diferenciação entre seguros saúde e contratos praticados por

sociedades seguradoras especializadas em saúde, bem como a delegação da fiscalização desta matéria à ANS e a determinação da necessidade de especialização de sociedades seguradoras para que prestem serviços de assistência à saúde (BRASIL, 2001).

2.2.2.1 LEI Nº 9.656/1998 (LEI DOS PLANOS DE SAÚDE): A DIFERENÇA ENTRE PLANOS DE SAÚDE ANTIGOS E NOVOS

Após a promulgação da Lei nº 9.656/1998, os planos de saúde passaram a ser divididos em “antigos” e “novos”. Os antigos correspondem aos planos contratados antes da vigência desta lei, enquanto os novos correspondem aos planos contratados depois de sua sanção. É necessário realizar tal diferenciação porque a incidência da Lei dos Planos de Saúde nos contratos antigos foi limitada por seu art. 35, que previu, inclusive, que “nenhum contrato poderá ser adaptado por decisão unilateral da empresa operadora” (art. 35, § 4º) (BRASIL, 1998) - embora as atribuições de fiscalização e regulamentação da ANS não sejam limitadas aos contratos novos.

Em suma, tem-se que os planos antigos não são abarcados pela Lei dos Planos de Saúde e, por este motivo, compreendem exatamente as coberturas e exclusões contratadas pelo cliente – sujeitas à fiscalização e regulamentação exercidas pela ANS. Os planos novos, por sua vez, submetem a fornecedora aos ditames da Lei dos Planos de Saúde e, também, à fiscalização e regulamentação da ANS. Em conclusão, para todos os efeitos, tem-se que a migração ou a adaptação de planos antigos para novos faz com que aqueles se submetam às mesmas regras impostas a estes.

2.2.2.2 LEI Nº 10.185/2001: O SEGURO SAÚDE E AS SOCIEDADES SEGURADORAS ESPECIALIZADAS EM SAÚDE

De acordo com o art. 2º da Lei nº 10.185/2001, “para efeito da Lei nº 9.656, de 1998, e da Lei nº 9.961, de 2000, enquadra-se o seguro saúde

como plano privado de assistência à saúde e a sociedade seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde” (BRASIL, 2001). Nesse sentido, considera-se que o seguro saúde diz respeito a um simples plano de assistência à saúde, não especializado, fiscalizado pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) e pela ANS, enquanto as sociedades seguradoras especializadas em saúde ofertam, como o próprio nome expõe, planos especializados de assistência à saúde, fiscalizados exclusivamente pela ANS.

É preciso diferenciar esses conceitos, a título de elucidação; contudo, na prática, tal diferenciação não possui grande relevância. Ressalte-se que a Lei nº 10.185/2001 estabeleceu, em seu art. 3º, a obrigatoriedade de especialização – ou transferência da carteira a sociedades especializadas - das companhias que comercializavam seguro saúde, até o prazo limite de 1º de julho de 2001 (BRASIL, 2001). Desse modo, atualmente, não há mais que se falar em comercialização de seguro saúde não especializado, de sorte que todo o setor de saúde suplementar é fiscalizado e regulamentado pela ANS – e não mais pela SUSEP.

2.2.3 LIMITAÇÕES GERAIS

O CDC e o CC regulam, de forma geral e subsidiária, a prestação de serviços de saúde suplementar. É importante tratar sobre essa regulação porque, além de balizar a normatização especial, ela apresenta algumas particularidades. Ademais, sua característica subsidiária é essencial para assegurar os direitos dos contratantes que optaram por permanecer sendo beneficiários de planos privados de assistência à saúde antigos - após a promulgação da Lei dos Planos de Saúde².

Em primeiro lugar, frise-se que o art. 421 do CC prevê que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do

² Subseção “2.2.2.1 Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde): a diferença entre planos de saúde antigos e novos”.

contrato” (BRASIL, 2002). Em outros termos, isso significa que os contratos que atentem contra princípios e direitos fundamentais constitucionais, ainda que firmados de acordo com a autonomia da vontade exercida no contexto de relações privadas, são expressamente vedados. Nessa continuidade, o art. 422, do mesmo Código, determina que os contratantes guardem os princípios da probidade e da boa-fé, tanto na execução quanto na conclusão do contrato (BRASIL, 2002).

No que tange especificamente aos contratos de seguro, o CC disciplina, por meio dos arts. 757, 765 e 777, respectivamente, a obrigatoriedade de legalização do segurador para que possa atuar nessa área (de comercialização de seguros), “a mais estrita boa-fé e veracidade” na relação entre segurador e segurado (da mesma forma prevista no art. 422) e, ainda, o caráter subsidiário do CC, que deve ser aplicado, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias (BRASIL, 2002).

Quanto ao CDC, sua aplicação nas relações entre fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde e contratantes é prevista nas leis especiais (art. 35-G da Lei dos Planos de Saúde e art. 4º, XXXVI da Lei nº 9.961/2000) e, também, assegurada pela Súmula nº 608, do STJ. Esta Súmula prevê que o CDC se aplica aos contratos de plano de saúde, à exceção somente dos que são administrados por entidades de autogestão (BRASIL, 2018). Tal limitação foi fixada pelos julgadores porque os planos de autogestão não possuem finalidades lucrativas e não são comercializados no mercado – tanto é que são chamados de “planos fechados” -, o que afasta a caracterização de relação de consumo.

Outrossim, os arts. 20, § 2º, 47 e 51, § 1º, II do CDC, preveem, respectivamente, que os serviços “inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam” são considerados impróprios e ensejam a responsabilização do fornecedor, as cláusulas de contratos que regulam relações de consumo devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor e a restrição de direitos ou obrigações fundamentais indissociáveis da natureza do contrato é nula de pleno direito (BRASIL, 1990a).

2.2.4 LIMITAÇÕES JURISPRUDENCIAIS

A jurisprudência já sedimentou diversos entendimentos acerca das limitações na atuação das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde. Além das Súmulas nº 597 e 608, do STJ, abordadas nas seções anteriores desta pesquisa, convém mencionar a Súmula nº 302, também do STJ, que fixou o entendimento de que a estipulação contratual de limitação temporal da internação hospitalar do segurado consiste em cláusula abusiva (BRASIL, 2004). Desse modo, os planos e seguros em evidência não podem se limitar a custear apenas as primeiras horas de internação do beneficiário, mas a totalidade do atendimento.

No mesmo sentido que a Súmula nº 302 do STJ, a limitação de valor para custeio de tratamentos médico-hospitalares, por planos e seguros privados de saúde, não é admitida pela jurisprudência – em sinergia com o art. 1º, I da Lei dos Planos de Saúde –, conforme consignado pela Quarta Turma do STJ no acórdão do recurso especial nº 735.750, por excluir a essência do risco assumido pela operadora e tornar inócuo o próprio objeto do contrato (BRASIL, 2012). Destarte, a Terceira Turma do STJ segue a mesma orientação (pacificada), conforme a decisão monocrática proferida pela Ministra Nancy Andrighi no recurso especial nº 1.951.058, que obrigou a fornecedora de plano privado de assistência à saúde ré a custear todas as sessões de terapia recomendadas por um médico à autora, não obstante tenha sido contratualmente estabelecido um limite de sessões de cobertura obrigatória (BRASIL, 2021).

No que concerne especificamente ao prazo de carência contratual, expõe-se um trecho da ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma do STJ no agravo interno em agravo em recurso especial nº 892.340, que fixou o seguinte entendimento:

A cláusula de carência do contrato de plano de saúde deve ser mitigada diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar

o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado (BRASIL, 2016).

Sob igual fundamento, confira-se o trecho da ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma do STJ no agravo interno em agravo em recurso especial nº 1.122.995:

De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, é lícita a cláusula contratual que prevê prazo de carência para utilização dos serviços prestados pelo plano de saúde, desde que não obste a cobertura do segurado em casos de emergência ou urgência, como na hipótese dos autos (BRASIL, 2017b).

Note-se, no excerto acima, que o julgador trata sobre a cláusula contratual que prevê prazo de carência em plano de saúde, mas utiliza a denominação “segurado” para se referir ao beneficiário do plano. Essa confusão conceitual (ausência de diferenciação entre planos e seguros privados de assistência à saúde) é comum em decisões judiciais, mas não prejudica o fundamento destas, tendo em vista que as duas espécies de contrato são de assistência à saúde e a interpretação teleológica (hermenêutica jurídica) da fundamentação utilizada – face ao objetivo comum, que é a tutela do direito à saúde - permite que ambas sejam contempladas simultaneamente.

Em conclusão, veja-se o entendimento firmado pela Segunda Turma do STF acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, conforme o acórdão proferido no recurso extraordinário nº 201.819:

[...] se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do

Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar (BRASIL, 2006).

3. A FIXAÇÃO DE PERÍODO DE CARÊNCIA PARA ATENDIMENTOS DE URGÊNCIA E DE EMERGÊNCIA E A SUA SUJEIÇÃO À TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É patente a complexidade e singularidade do tema tratado no presente artigo, assim como é inequívoca a hipossuficiência da contratante face à fornecedora de planos e seguros privados de assistência à saúde. Dessa forma, a CF resguarda a proteção dos direitos e princípios fundamentais, enquanto as normas infraconstitucionais gerais asseguram o respeito à função social do contrato e a interpretação de cláusulas de modo mais favorável ao contratante - dentre outras medidas protetivas do consumidor, demonstradas ao longo desta pesquisa. Ademais, no âmbito da legislação especial, a Lei dos Planos de Saúde garante a cobertura de atendimento em casos de urgência e de emergência, não obstante também permita a fixação de prazo de carência de 24h pelas fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde - o que gera um conflito de normas e suscita a seguinte questão: afinal, o beneficiário de plano ou seguro privado de assistência à saúde cujo contrato se encontra sob prazo de carência pode receber atendimento de urgência e de emergência custeado pela sociedade contratada?

Em que pese a autonomia privada seja uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, na condição de pressuposto da democracia, fato é que seu exercício não é absoluto. É coerente, portanto, que as relações abordadas no presente artigo imponham a restrição da autonomia que enseja abusividade por parte das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, em

especial por conta da evidente desigualdade material que permeia a relação entre contratantes e contratadas.

Logo, com esteio na eficácia irradiante dos direitos fundamentais, por meio da qual entende-se que estes não são meros limites para o ordenamento, mas o seu “verdadeiro eixo gravitacional” (SARMENTO, 2010), aduz-se que o prazo de carência fixado por fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, para a cobertura de casos de atendimento de urgência e de emergência, seja ele de 24h ou menos, viola diretamente o direito fundamental à saúde. Esse entendimento não só é coerente com o ordenamento jurídico brasileiro, como também coaduna com a orientação dos tribunais superiores, o que permite concluir, com base na Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais, que o direito à saúde prevalece sobre a autonomia da vontade das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde.

3.1 CONCEITOS DE ATENDIMENTO DE URGÊNCIA E DE EMERGÊNCIA

Antes de adentrar no debate proposto, é mister conceituar e diferenciar o que são atendimentos de urgência e atendimentos de emergência. Conforme o art. 35-C, I e III, da Lei dos Planos de Saúde, atendimento de urgência é aquele que não acarreta risco imediato de morte ou dano funcional permanente ao paciente, resultante de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional, enquanto atendimento de emergência – necessariamente “caracterizado em declaração do médico assistente” - é aquele que acarreta risco iminente de morte e requer tratamento imediato em cuidado intensivo (BRASIL, 1998).

A título de exemplo, tem-se que uma fratura óssea requer atendimento de urgência, enquanto um AVC (acidente vascular cerebral) requer atendimento de emergência. Ademais, embora os atendimentos de urgência não acarretem risco imediato de morte ou

dano funcional permanente, merece destaque o fato de que uma fratura óssea que não é diagnosticada e tratada a tempo e modo adequados pode gerar limitações na mobilidade do indivíduo; já uma mulher que enfrenta complicações no processo gestacional e não recebe o devido tratamento, pode ser exposta a riscos à integridade do feto. Em suma, a gravidade de atendimentos de urgência não deve ser reduzida, não obstante seja menor que a de atendimentos de emergência (que acarretam risco iminente de morte e, portanto, ameaçam de maneira direta e inequívoca o direito fundamental à vida).

Tratando-se de atendimentos de emergência, percebe-se que a ameaça à vida é tão clara que o Código Penal (CP) tipifica, no art. 135-A, o crime de “condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial”, mediante a vedação da exigência de qualquer espécie de garantia para a prestação de atendimentos de caráter emergencial (BRASIL, 1940). Isso, mais uma vez, serve para reforçar a peculiaridade da prestação de serviços de saúde suplementar por entidades privadas e a necessidade de tutela do direito à saúde.

Por último, importa mencionar que a Portaria nº 354/14, do Ministério da Saúde, define urgência como a “ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial à vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata”, e emergência como a “constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem sofrimento intenso ou risco iminente de morte, exigindo, portanto, tratamento médico imediato” (BRASIL, 2014). Note-se que o ato administrativo normativo em referência simplifica, de forma ampla, os conceitos de urgência e de emergência, mas não altera ou prejudica a definição legal.

3.2 A INCIDÊNCIA DA TEORIA DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE FORNECEDORAS DE PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E SEUS CONTRATANTES

A Teoria da Eficácia Imediata (também chamada de “direta” e “horizontal”) dos Direitos Fundamentais, surgida na Alemanha na década de 1950 sob a idealização de Hans Carl Nipperdey e, posteriormente, desenvolvida por autores como os espanhóis Tomás Quadra-Salcedo e Juan María Bilbao Ubillos, preceitua que os direitos fundamentais produzem efeitos diretos e obrigatórios nas relações privadas (SARMENTO, 2010). Diferentemente da corrente contrária, que defende a eficácia mediata (também chamada de “indireta” e “vertical”), a teoria horizontal sustenta que os poderes privados são diretamente vinculados aos direitos fundamentais emanados da Constituição, de modo que os efeitos destes não se restringem às relações entre cidadãos e Estado (SARMENTO, 2010). Nesta continuidade, é necessário frisar que a incidência dos direitos fundamentais não é considerada absoluta, nem sequer ignora ou despreza a autonomia privada, pois:

[...] os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado (SARMENTO, 2010).

Dessarte, o presente estudo sustenta que a ponderação do direito fundamental à saúde com a autonomia das fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde resulta na necessidade de uma maior proteção do primeiro, em razão da evidente desigualdade (assimetria de poder) da relação estabelecida entre contratante (parte hipossuficiente) e contratada. Nesse sentido, confira-se a interpretação de José João Nunes Abrantes:

[...] a proteção dispensada à autonomia privada impõe o equacionamento do caso através de uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores que deverá ser necessariamente considerado é a existência, ou não, de desigualdade entre as partes. Todavia, mesmo numa relação entre iguais, a autonomia privada estará limitada pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais, independentemente de qualquer mediação do legislador ordinário (SARMENTO, 2010).

Veja-se, também, o posicionamento defendido por José Carlos Vieira de Andrade:

[...] quando for manifesta a desigualdade de poder entre as partes, e uma delas estiver submetida a uma situação de sujeição em relação à outra, a primeira vai tornar-se detentora de direitos subjetivos fundamentais oponíveis à segunda (SARMENTO, 2010).

Note-se que não se pode falar em risco de inviabilização da saúde suplementar brasileira em virtude da aplicação da teoria horizontal no caso em estudo, pois isso só se daria com relativizações radicais e desmedidas, que não podem ser comparadas à relativização de demandas extremas (desconsideração de cláusulas contratuais abusivas). Ademais, como demonstrado em todo o decorrer desta pesquisa, o ordenamento jurídico brasileiro – e a orientação

jurisprudencial dos tribunais superiores - apresenta diversos mecanismos de proteção ao contratante de planos e seguros privados de assistência à saúde, que incluem desde a sujeição das partes à função social do contrato até o reconhecimento da nulidade da restrição de direitos ou obrigações fundamentais indissociáveis da natureza do contrato³. Merece destaque a recorrente permissão, pela jurisprudência, de mitigação da cláusula de carência de planos e seguros privados de assistência à saúde em situações urgentes e emergenciais⁴.

Até mesmo a partir de uma visão moderada da teoria horizontal, como a defendida por José Joaquim Gomes Canotilho, que favorece a busca pela harmonização da tutela dos direitos fundamentais com a proteção da autonomia privada (SARMENTO, 2010), pode-se chegar à conclusão de que a fixação de período de carência para a cobertura de atendimentos médico-hospitalares de urgência e de emergência por planos e seguros privados de assistência à saúde é absolutamente descabida. Isso porque Canotilho sustenta que, diante de um litígio privado, o juiz “deve, em primeiro lugar, aplicar as normas do Direito Privado em conformidade com os direitos fundamentais, pela via da interpretação conforme à Constituição” e, somente em face da impossibilidade dessa aplicação, deve realizar o controle incidental de constitucionalidade (SARMENTO, 2010).

Ocorre que a Lei dos Planos de Saúde prevê, no art. 35-C, I e II, que a cobertura de casos de urgência e de emergência é obrigatória, sem nenhuma ressalva quanto à vigência de carência contratual (BRASIL, 1998). Desta feita, aplicando-se a sistemática de Canotilho, chega-se à resposta de que, a despeito de o art. 12, V, “c” da Lei dos Planos de Saúde, permitir a fixação de prazo de carência de 24h, o art. 35-C, I e II é o que deve ser aplicado às relações privadas em comento, por ser o mais compatível com os direitos fundamentais. Ou seja, ainda que não se realize primordialmente um controle incidental de constitucionalidade, a aplicação moderada da Teoria da

3 Subseção “2.2.3 Limitações gerais”.

4 Subseção “2.2.2 Limitações especiais”.

Eficácia Horizontal no caso em voga fornece igual proteção ao direito fundamental à saúde.

Por fim, percebe-se que há uma ofensa direta ao princípio da dignidade da pessoa humana decorrente da negativa de cobertura de atendimentos de urgência e de emergência, em razão da vigência da carência contratual, por planos e seguros privados de assistência à saúde, pois em tal hipótese, um indivíduo que se dirige a um hospital privado em situação de emergência (risco iminente de morte) se vê obrigado a contratar tais serviços particulares – ao passo em que o contrato firmado com a fornecedora de plano ou seguro privado de assistência à saúde se transforma em um mero instrumento oneroso, sem nenhuma vantagem para o contratante (o que prejudica, conjuntamente, os princípios da boa-fé e da função social do contrato).

Restam claras, portanto, a abusividade e a lesividade da cláusula que fixa períodos de carência para atendimentos de urgência e de emergência, por ofensa aos direitos fundamentais à saúde e à vida, ao princípio da dignidade da pessoa humana, aos mecanismos legais de proteção da parte contratante hipossuficiente e aos princípios que regem as relações contratuais no Brasil. Logo, o reconhecimento da inconstitucionalidade de tais cláusulas é medida que se impõe, por força da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais, afinal, conforme lição de Figueiredo (2012), “o limite da persecução dos interesses particulares se encontra nos interesses da sociedade”.

4. CONCLUSÃO

A saúde é um direito social fundamental, protegido pela Constituição e por leis infraconstitucionais. Já a autonomia privada, também é assegurada tanto pela Carta Magna quanto no âmbito infraconstitucional. Logo, o debate acerca desse confronto de direitos e princípios é de suma importância - especialmente em virtude do crescente processo de judicialização da saúde -, mormente no que tange à fixação de prazo de carência, por planos e seguros privados

de assistência à saúde, para a cobertura de atendimentos médico-hospitalares de urgência e de emergência.

No escopo desta pesquisa, demonstrou-se que a autonomia dos planos e seguros privados de assistência à saúde é limitada constitucionalmente e, também, de modo especializado (pelas Leis nº 9.656/1998, 9.961/2000 e 10.185/2001) e geral (pelo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor). Ademais, viu-se que a jurisprudência, em diversas situações, favorece a proteção da parte hipossuficiente da relação contratual (contratante) e a aplicação da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais, inclusive com a mitigação de cláusulas contratuais abusivas.

Em se tratando especificamente da incidência da Teoria da Eficácia Imediata dos Direitos Fundamentais nas relações em questão, expôs-se que esta não despreza a autonomia privada, mas pondera o direito fundamental ameaçado com a extensão da autonomia privada, levando em conta a desigualdade de poderes entre as partes envolvidas. Destarte, por meio desta comparação, concluiu-se que os direitos fundamentais à saúde e à vida, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana – além de diversos outros mecanismos de proteção do consumidor inseridos na esfera infraconstitucional -, são violados pela fixação de prazo de carência por fornecedoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, no que diz respeito à cobertura de atendimentos de urgência e de emergência.

À vista do exposto, constatou-se que a autonomia das entidades privadas em comento não se sobrepõe, na hipótese proposta, ao direito fundamental à saúde (e demais direitos e princípios interligados a este), razão pela qual a cláusula de carência que prejudica a cobertura de atendimentos de urgência e de emergência por planos e seguros privados de assistência à saúde é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0073.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948**. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [1948]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde,

a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001.** Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110185.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 354, de 10 de março de 2014. Publica a proposta de Projeto de Resolução “Boas Práticas para Organização e Funcionamento de Serviços de Urgência e Emergência”. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 mar. 2014. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0354_10_03_2014.html. Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 302.** É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a

internação hospitalar do segurado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27302%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27302%27).sub..) Acesso em: 04 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 597**. A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2017a]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27597%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27597%27).sub..) Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n° 608**. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub..) Acesso em: 08 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 892.340**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 9 ago. 2016. Data de publicação: 16 ago. 2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1527340&num_registro=201600805034&data=20160816&peticao_numero=201600188482&formato=PDF. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **AgInt no AREsp 1.122.995**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Data de julgamento: 7 nov. 2017. Data de publicação: 14 nov. 2017b. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1653046&num_registro=201701488106&da

ta=20171114&peticao_numero=201700462169&formato=PDF. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp 735.750**. Relator: Ministro Raul Araújo. Data de julgamento: 14 fev. 2012. Data de publicação: 16 fev. 2012. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1121459&num_registro=200500477142&data=20120216&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **REsp 1.951.058**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 16 ago. 2021. Data de publicação: 17 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=133163347&tipo_documento=documento&num_registro=202102344088&data=20210818&formato=PDF. Acesso em: 09 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **RE 201.819**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 11 out. 2005. Data de publicação: 27 out. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>. Acesso em: 09 out. 2021.

FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**. 2^a ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Justiça Pesquisa – Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução (INSPER). **Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ)**, Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/publicacoes/judicializacao-da-saude-perfil-das-demandas-causas-e-propostas-de-solucao-insper/>. Acesso em: 08 out. 2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n^o 2, p. 4 - 22, 8 jun. 2017.

VANONI, Daniel Bofill. **São os direitos sociais direitos fundamentais?** Jus, maio 2016. Artigos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48969/sao-os-direitos-sociais-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 out. 2021.

REFLEXOS DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Marcelo Victor de Souza

RESUMO: Neste artigo, foi realizada uma extensa pesquisa acerca da relação entre os Direitos Fundamentais em uma perspectiva privada. O trabalho se desenvolve em um contexto econômico e social criado pela pandemia da COVID-19, com o objetivo de investigar qual é a relação entre a vacinação compulsória dos cidadãos e os reflexos nas relações trabalhistas, abordando problemas como a justa causa por recusa injustificada à vacina e a exigência de um comprovante de vacinação para a contratação de pessoas, abordando a constitucionalidade dessas contratações.

Primeiramente, será feita uma breve explicação sobre o contexto histórico e a evolução dos Direitos Humanos, trazendo ainda, um paralelo com os Direitos fundamentais, abordando a diferença entre os dois conceitos. Além disso, o texto traz explicações sobre a eficácia dos Direitos Fundamentais em relação aos particulares, demonstrando que é necessário encarar esses direitos também em uma eficácia horizontal.

Também será feita uma abordagem sobre os reflexos da criação de institutos como o “passaporte da vacina”, que se popularizou no Brasil em 2021, como forma de restringir o acesso à determinados lugares, para aquelas pessoas que voluntariamente se recusem a receber a vacina.

Ademais, o presente artigo traz inúmeras decisões judiciais, de diversos tribunais de todo o Brasil, inclusive jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Essas decisões têm como objetivo fundamentar o conteúdo exposto e demonstrar que se trata de um tema muito controverso, que divide opiniões.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; relações privadas; vacinação compulsória; COVID-19; relações trabalhistas.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo realizar um minucioso estudo acerca da constitucionalidade da vacinação compulsória das pessoas, abordando seus efeitos nas relações trabalhistas, trazendo à tona problemas como a demissão por justa causa, ocasionada por uma recusa injustificada à vacina, e a exigência de um comprovante de vacinação para contratações, por parte de empresas privadas. O tema será desenvolvido em um contexto criado pela pandemia de COVID-19, abordando as principais consequências desse cenário na sociedade, como a crise humanitária e econômica.

O trabalho busca descobrir se o direito coletivo à saúde deve prevalecer sobre o direito individual à liberdade, visando o problema da exigência do “passaporte da vacina” para acesso a determinados locais e as restrições criadas por empregadores na contratação de pessoas não vacinadas, como forma de garantir a segurança do ambiente de trabalho e da saúde dos demais trabalhadores.

Para dirimir tal problema, será feita uma contextualização dos Direitos Humanos, abordando sua evolução histórica e realizando um paralelo com os Direitos Fundamentais, trazendo as sutis diferenças entre esses institutos. Também será abordado o tema dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, citando as maiores dificuldades doutrinárias e jurisprudenciais no estudo dessa matéria, trazendo reflexões sobre o que se entende por eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais e se é possível que esses direitos sejam aplicados na vida privada dos indivíduos, já que, originalmente, foram criados para regular a relação entre o Estado e seus cidadãos.

Ademais, para contextualização do tema, serão analisadas algumas decisões judiciais, inclusive jurisprudência atualizada do Supremo Tribunal Federal, como forma de fundamentar o estudo e mostrar que se trata de um tema controverso, inclusive no STF. Também serão abordados os pensamentos de grandes doutrinadores e estudiosos do tema, para buscar respostas para o problema enfrentado.

A CRISE SANITÁRIA E SOCIAL CRIADA PELA PANDEMIA

Em dezembro de 2019, o mundo viu surgir uma nova doença. A COVID-19, causada pelo Coronavírus SARS CoV-2, teve seu primeiro caso confirmado em Wuhan, na China. Desde então, a doença se espalhou de forma rápida pelo mundo, e foi classificada como pandemia, em março de 2020, pela Organização Mundial da Saúde. No Brasil, o primeiro caso de COVID-19 foi confirmado em fevereiro de 2020, e a partir daquele momento as coisas mudariam de forma drástica, em todos os âmbitos da vida.

Em todo o mundo, diversas medidas sanitárias foram adotadas para tentar frear a disseminação do vírus, como o fechamento de fronteiras, a quarentena obrigatória, o uso obrigatório de máscaras e o trabalho em casa (“home office”). Essas medidas foram muito importantes pois, conseguiram diminuir a transmissão da doença. Porém, a COVID-19 se mostrou ser uma doença de fácil contágio e alcançou praticamente todas as regiões do globo.

No Brasil, em virtude da rápida disseminação da doença, foi necessária a adoção de diversas medidas de isolamento e quarentena, definidas pelo Ministério da Saúde pela primeira vez em março de 2020. Aos poucos, as medidas restritivas foram sendo ampliadas, de forma a tentar evitar mais casos e mortes pela doença. O Governo Federal tornou crime contra a saúde pública o ato de descumprir medidas sanitárias e de isolamento, e os Estados adotaram inúmeras medidas emergenciais como o fechamento de serviços não essenciais, a proibição de circulação de pessoas em certos horários e a redução da lotação nos meios de transporte público. A pandemia continuou a se agravar e os casos no Brasil alcançaram números assustadores, deixando milhares de mortos. Porém, além disso, o panorama social e econômico do país se agravou de forma drástica.

O número de desempregados sofreu grande aumento, ocasionando muitas dificuldades econômicas para as pessoas, que não tinham mais condição de arcar com suas despesas básicas. Além

disso, o número de trabalhadores com carteira assinada teve uma grande queda, e a quantidade de trabalhadores autônomos aumentou.

Além desse alarmante cenário econômico e social causado pela pandemia, os dados consonantes aos casos e vidas perdidas pela crise sanitária também eram graves. O Brasil, aos poucos, viu o número de casos e mortes subir de forma impressionante. Em maio de 2020, o país contava com mais de 155 mil casos e 10 mil mortos pela doença. Em julho, apenas dois meses depois, o país somava cerca de 1,5 milhão de casos e mais de 60 mil óbitos. Já em 2021, enquanto a pandemia era contida no mundo, os números no Brasil batiam recordes seguidos. No pior momento da pandemia, em abril, o país chegou a registrar mais de 4.200 mortes em apenas 24 horas, pois contava com hospitais lotados, falta de insumos hospitalares, falta de oxigênio para pacientes hospitalizados e apresentava um completo caos humanitário e social. Nesse momento, a cidade de Manaus passou por um verdadeiro caos humanitário, devido à falta de oxigênio para pacientes hospitalizados. Milhares de pessoas acabaram perdendo a vida, pois dependiam desse insumo na luta contra a doença. Esse episódio repercutiu ao redor do mundo, ficando conhecido como “crise do oxigênio de Manaus”.

Os números da pandemia continuaram a crescer e, em setembro de 2021, o ranking de países com mais mortes causadas pela doença tinha o Brasil em segundo lugar com 585 mil óbitos, atrás apenas dos Estados Unidos, que nessa época já passava de 650 mil vidas perdidas.

A VACINAÇÃO EM MASSA NO BRASIL

O panorama anteriormente apresentado, apesar de gravíssimo, começou a melhorar com o rápido desenvolvimento de vacinas contra o vírus. A iniciativa de desenvolvimento dos imunizantes foi liderada pelos Estados Unidos, Rússia, China e Inglaterra. Em 2020, várias vacinas foram desenvolvidas por esses países como a Sputnik V da Rússia, a CoronaVac desenvolvida pela China, a AstraZeneca criada pela Universidade de Oxford na Inglaterra e a vacina Pfizer criada pela farmacêutica norte-americana, juntamente com a empresa BioNTech.

Aos poucos os países começaram a vacinar suas populações, o que ocasionou uma grande melhora no cenário pandêmico pelo globo, principalmente em países da Europa e nos Estados Unidos que possuíam uma grande quantidade de imunizantes e uma produção em massa para suprir suas necessidades e exportar para países estrangeiros.

Alguns meses depois do início da vacinação ao redor do mundo, o Brasil começou a imunizar a sua população. Em 18 de janeiro de 2021, o Brasil teve o histórico início da imunização, com a vacina CoronaVac criada pela China e produzida pelo Instituto Butantan em São Paulo. Desde então o panorama vacinal no país só cresceu, de forma lenta e gradual. Liderado pelo Butantan o Brasil imunizou milhares de pessoas por dia, inicialmente dando prioridade para os profissionais da saúde, por estarem mais expostos na linha de frente no enfrentamento da doença, e aos idosos que são naturalmente o grupo mais vulnerável. Pouco tempo depois a Fiocruz no Rio de Janeiro começou a produzir a vacina AstraZeneca, em um ritmo acelerado de mais de 600 mil doses por dia.

Como dito, o esquema de vacinação manteve o ritmo de crescimento, com os estados recebendo vacinas produzidas no país e imunizantes já prontos comprados pelo Brasil de outros países, como a Índia. Em março de 2021, o país tinha mais 10 milhões de doses aplicadas, em junho já eram mais de 70 milhões e, em agosto, mais de 130 milhões de doses de vacina aplicadas, um crescimento expressivo. Esse panorama de vacinação em massa fez com que o número de óbitos e hospitalizações fosse bastante reduzido e salvou a vida de milhões de pessoas.

Como consequência do avanço da imunização, o país foi aos poucos recuperando as atividades econômicas antes totalmente paralisadas, através da reabertura de inúmeros locais, da retomada do funcionamento de diversas linhas de produção (como as fábricas de automóveis) e da volta de grandes eventos como jogos de futebol, shows, teatros, cinemas entre outros. O processo de retomada, que

ainda está acontecendo, evidenciou um peculiar cenário: o fenômeno da vacinação obrigatória, que será o foco da análise deste artigo.

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

É certo que as expressões Direitos Fundamentais e Direitos Humanos são muito populares. Porém, as duas expressões possuem sutis diferenças, determinantes para a caracterização de cada uma. De forma objetiva, a principal diferença entre elas reside, no plano de eficácia de cada um dos conceitos. A concepção de Direitos Humanos, começou a ser criada a partir do fim do século XV, com a Reforma Protestante, e chegou a um maior avanço durante o período do Iluminismo, no século XVIII. Após esse período, o conceito de Direitos Humanos se expandiu, alcançou diversas localidades pelo mundo e foi legitimado em ordenamentos jurídicos europeus. No entanto, mesmo com esse importante avanço da proteção dos Direitos Humanos, durante o século XX, o mundo se viu diante de horrores criados pela Segunda Guerra Mundial e pela ascensão dos regimes totalitários, que ocasionaram a morte de milhões de pessoas inocentes, em um período histórico marcado pelo genocídio e desrespeito à vida humana (BARROSO, 2020, p. 491).

A partir dessa perspectiva, o mundo percebeu a extrema necessidade de criar mecanismos fortes e eficientes de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana. Com isso, após a guerra, os Direitos Humanos ganharam bastante espaço no âmbito internacional, com a criação de alguns institutos que visavam assegurar esses direitos inerentes ao homem. A Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, são dois fortes marcos da positivação desses direitos em um âmbito mundial (BARROSO, 2020, p. 491 e 492).

Como mencionado no início deste tópico, os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, apesar de possuírem diferenças, visam proteger a mesma coisa, que é a dignidade da pessoa e a vida humana. Sendo assim, a grande diferença entre as duas expressões, defendida

por grandes doutrinadores, está no plano de sua eficácia. Levando em consideração o exposto, percebe-se que os Direitos Humanos estão mais ligados a uma concepção internacional, e foram construídos ao longo dos anos. Já os Direitos Fundamentais, por sua vez, são um conjunto de normas, que visam a proteção da pessoa humana, incorporadas a um ordenamento jurídico interno, por meio da Constituição do país. A diferença mais marcante está no plano de positivação, sendo os Direitos humanos inseridos em tratados e convenções internacionais, e os Direitos Fundamentais positivados na Constituição de uma nação, como ensina Bernardo Gonçalves (2021):

Porém, certo é que, na doutrina à qual nos filiamos, a leitura mais recorrente do tema, é aquela que afirma que os direitos fundamentais e os direitos humanos, se separariam apenas pelo plano de sua positivação, sendo, portanto, normas jurídicas exigíveis, os primeiros no plano interno do Estado, e os segundos no plano do Direito Internacional, e, por isso, positivados nos instrumentos de normatividade internacionais (como os Tratados e Convenções Internacionais, por exemplo). (FERNANDES, 2021).

Feitas as considerações sobre essas diferenças, percebe-se que os direitos fundamentais são aqueles atrelados à realidade de cada nação e posicionados dentro do ordenamento jurídico vigente no Estado de Direito. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais ganharam maior relevância e abrangência, recebendo no novo texto, a positivação devida. Com o avanço do Constitucionalismo, diversas foram as teorias criadas para explicar a constituição, como a teoria sobre a força normativa, positivada por Konrad Hesse e a classificação da constituição como o instrumento maior no ordenamento jurídico, defendida por Hans Kelsen.

A Constituição brasileira de 1988, elaborada após um período ditatorial marcado pela barbárie, trouxe à tona uma gama de direitos objetivos e subjetivos.

Nela, é possível perceber a preocupação do Constituinte com os Direitos Fundamentais, pois estes estão descritos no começo do referido diploma, do art. 5º até o art. 17, tendo início com o princípio da igualdade, enunciando que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988, *on-line*).

PROTEÇÃO PROPORCIONADA PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como dito acima, os direitos fundamentais tiveram sua consolidação em um momento após a Segunda Guerra Mundial, e incorporaram inúmeros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, que se configuravam como Estados Democráticos. O principal objetivo dos Direitos Fundamentais era criar uma gama de direitos essenciais ao ser humano, que merecessem a proteção máxima do Estado. Além disso, percebeu-se a extrema necessidade de criar um sistema garantidor das liberdades das pessoas, em face do Estado, visando evitar o uso abusivo do poder e dos mecanismos de controle social que o Estado possui frente a seus cidadãos, já que este último é sempre dotado de maior poder, em uma relação vertical.

É interessante perceber que a Constituição brasileira se preocupou não apenas com a formalização desses direitos e garantias, mas também com a efetivação em um plano material, com o objetivo de evitar uma “Constituição Simbólica”, que seria um diploma normativo sem a devida efetividade social, (falta de concretização na realidade daquela sociedade), conforme o pensamento criado pelo jurista Marcelo Neves. Para essa concretização em plano material, a Constituição Federal de 1988, criou alguns mecanismos processuais ancorados em uma proteção contra a usurpação do poder, como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança entre vários outros.

DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E JURISPRUDÊNCIA DO STF

É certo que em um primeiro momento, os Direitos Fundamentais foram concebidos para uma atuação pautada na relação considerada vertical entre o Estado e o particular, sendo o primeiro mais poderoso e devendo respeitar e garantir ao segundo uma relação livre de abusos e que pudesse existir de forma parelha. Nessa perspectiva, os Direitos Fundamentais são verdadeiras garantias contra atos abusivos e desmedidos do Estado, de suas instituições e de seus agentes contra os particulares.

Ademais, com o avanço da sociedade, as relações sofreram uma severa expansão, evidenciando agora, as relações não somente entre o Estado e os particulares, mas também dos particulares entre si. Percebeu-se que é plenamente possível que os próprios particulares proporcionassem situações abusivas contra outros particulares em relações muitas vezes desbalanceadas pelo poderio econômico e social, como por exemplo em um vínculo empregatício onde o empregador é o detentor de maior poder.

Nessa perspectiva, surge a denominada eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, que é a plena possibilidade de se aplicar esses direitos nas relações entre particulares, com o objetivo de orientar todo o sistema privado e os institutos que o compõem e não mais somente em uma perspectiva vertical de Estado e particular.

A discussão, de extensa complexidade doutrinária e jurisprudencial, teve início na Alemanha com o caso Lüth, em 1958, considerado o grande marco histórico do início da aplicação dos Direitos Fundamentais no âmbito privado. Nesse caso, Eric Lüth que era presidente de um clube de imprensa em Hamburgo se manifestou em favor de um boicote a um filme dirigido por um cineasta que havia atuado como produtor de conteúdo para o regime nazista alguns anos antes. A produtora do filme decidiu processar Lüth, pois considerou que ele estava causando danos a eles. Um primeiro tribunal considerou a conduta de Lüth inadequada e acolheu o pedido da produtora. O

homem então recorreu ao Tribunal Federal alemão, que decidiu em seu favor, e manifestou que ele estava apenas exercendo o seu direito de liberdade de expressão, e que não havia cometido nenhum ato ilegal. Essa decisão não foi aceita pacificamente e gerou muita controvérsia.

Parece já bem consolidada, portanto, a possibilidade de aplicação dos Direitos Fundamentais às relações entre particulares, de forma direta ou indireta. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência têm adotado a teoria da eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais, conforme diversos precedentes judiciais. O Supremo Tribunal Federal já decidiu inúmeros casos aplicando essa teoria e os precedentes do Tribunal Federal Alemão. No RE nº 201.819/RJ, o Ministro Gilmar Mendes defendeu a aplicação dos Direitos Fundamentais entre particulares, dizendo que:

As violações aos direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o Cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os Direitos Fundamentais assegurados na Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face do poder privado.

Em outro caso, o RE nº 161.243/DF, o STF reconheceu que a discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional, em uma ação de um brasileiro que estava recebendo um salário diferente dos colegas de trabalho que eram de nacionalidade estrangeira. Fica clara, portanto, a aplicação dos direitos fundamentais entre os particulares pelo STF, tanto de forma direta quanto indireta.

DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E AUTONOMIA DA VONTADE

A Constituição Federal em seu artigo 5º elenca, como dito, uma gama de Direitos Fundamentais e entre estes estão presentes os Direitos Individuais. Um dos pilares do direito privado é o princípio da autonomia da vontade. Esse princípio é geralmente conceituado como sendo o poder que os indivíduos possuem de escolher as suas premissas, de escolher livremente o seu modo de vida, regular os seus interesses e tomar as próprias decisões para reger a sua vida particular. Esse princípio soa como natural, pois o direito de reger a própria vida é algo intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, ao passo que não é possível condicionar ou cercear as ações de uma pessoa em sua vida particular, em sua esfera privada.

Apesar de não estar expresso no dispositivo legal, o princípio da autonomia da vontade rege o direito de forma clara e pode ser visto como fundamento para vários Direitos Fundamentais como o Direito à Liberdade, que é um dos mais conhecidos e importantes Direitos consagrados não só no ordenamento jurídico brasileiro, mas também em praticamente todos os países do mundo e em vários dispositivos legais internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse direito é poder que os indivíduos têm de serem livres, não apenas em um âmbito físico, mas também em uma perspectiva que inclui a liberdade de pensamento, de crença, de expressão, de locomoção entre outras várias espécies de liberdade que são totalmente garantidas pela Constituição. (MARMELSTEIN, 2019).

No entanto, é importante dizer que o Direito Fundamental à liberdade e o princípio da autonomia da vontade não podem ser entendidos como absolutos. Os atos de um indivíduo em sua vida privada devem sempre ser preservados e a todas as pessoas deve ser assegurado o poder de determinar o rumo de sua vida e de ser livre para tomar suas decisões pessoais. Entretanto, existem algumas situações em que podem ocorrer mitigações da liberdade dos indivíduos ou da autonomia destes, em detrimento de outros direitos que acabam se

sobressaindo em um determinado contexto, como será abordado em tópico próprio.

CONSTITUCIONALIDADE DA VACINAÇÃO COMPULSÓRIA E JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como já exposto, o avanço da vacinação no Brasil trouxe diversas consequências para a sociedade, como uma significativa melhora no panorama social, econômico e no âmbito da saúde, com uma significativa queda no número de casos diários e mortes. Do ponto de vista social e econômico, a vacinação proporcionou a muitas pessoas a chance de conseguir um novo emprego e reestabelecer uma fonte de renda, antes perdida com a grave crise.

É interessante dizer também que a pandemia da COVID-19 trouxe inúmeras mudanças para o cotidiano das pessoas, tais como o fechamento de estabelecimentos comerciais por certo período, proibição de festas, shows, e grandes eventos que, naturalmente, geram grandes aglomerações, além de restrições de horário para funcionamento de bares, restaurantes e outros serviços, restando intactas apenas as atividades consideradas essenciais, como farmácias, mercados, entre outros.

Essas mudanças, a princípio, impactaram muito a vida de todos, principalmente daqueles que utilizavam tais serviços com frequência. De forma natural, a vacinação no Brasil melhorou o cenário, assim como ocorreu em outros países também com a imunização em estágio avançado. Essa grande melhora gerou uma flexibilização das medidas de restrição por parte dos governos, como a reabertura de inúmeros estabelecimentos que se encontravam fechados, a liberação de eventos como shows, teatros, cinemas, jogos de futebol entre outros. Com o avanço dessas flexibilizações, muitos estabelecimentos e locais públicos começaram a exigir das pessoas, um comprovante de vacinação, atestando que aquela pessoa tomou a vacina. Essa comprovação ficou conhecida no Brasil inteiro como “passaporte

da vacina” e simboliza uma verdadeira permissão de acesso para determinadas áreas.

Inúmeros locais passaram a condicionar a entrada das pessoas à apresentação desse comprovante, o que vem causando certa polêmica na sociedade, pois um lado defende que exigir a vacinação para entrar em um local público seria ilegal, enquanto outro lado diz que essa exigência é totalmente legal, pois permitir a entrada apenas de pessoas vacinadas, torna aquele local mais seguro para todos, assim como evita contaminações e possíveis consequências à saúde coletiva.

O TJ-SP (Tribunal de Justiça de São Paulo), em 20/09/2021 publicou uma portaria (N ° 9998/2021) que estabelece a exigência de apresentação do comprovante de vacinação, de pelo menos uma dose, para ingresso nas dependências internas do tribunal. Essa determinação se aplica não somente a visitantes, mas a todos que de qualquer forma vierem a entrar no local, como servidores públicos, estagiários, membros do Ministério Público, advogados, entre outros.

Outro exemplo é a cidade do Rio de Janeiro que também começou a exigir dos moradores e turistas o comprovante de vacinação para acessar diversos locais e serviços na cidade, a partir de 15/09/2021. A exigência se aplica aos locais de uso coletivo, tais como academias, cinemas, teatros, estádios e principalmente os locais de visitação turística como o Cristo Redentor. Porém, algumas semanas depois, um desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro suspendeu o “passaporte da vacina”. Na mesma semana, a Procuradoria Geral do Município do Rio (PGM) ingressou no STF com um pedido de cassação da liminar do desembargador que suspendia o passaporte. O presidente do STF, ministro Luiz Fux, acatou o pedido da PGM, suspendendo a liminar e restabelecendo os plenos efeitos da exigência da vacina na cidade.

Com esses exemplos, podemos concluir que a vacinação tem tido um papel de destaque nas recentes discussões no Brasil. A principal delas, como dito, seria no âmbito da constitucionalidade dessa vacinação obrigatória e dessas exigências de comprovação. Bem, o Supremo Tribunal Federal já possui algumas decisões que legitimam a

vacinação compulsória. No julgamento conjunto da ADI 6586, ADI 6587 e ARE 1267879 a Corte decidiu que o Poder Público pode determinar a vacinação compulsória dos indivíduos, por meio da imposição de restrições aos indivíduos que se recusarem a receber a vacina.

Nesse sentido, é importante diferenciar vacinação compulsória de vacinação forçada. O STF legitimou a vacinação compulsória, que é a possibilidade de os Governos criarem restrições aos indivíduos que se recusem a receber a vacina. Essas restrições podem ser impostas pelo Poder Público por meio de diversas medidas indiretas que dificultam a vida daqueles que não se vacinarem, como a restrição ao exercício de certas atividades e a frequência a certos locais. Esse panorama é totalmente diferente da vacinação forçada, já que esse tipo de vacinação foi vedado pelo Tribunal, por se tratar do uso de violência e violação da integridade física dos indivíduos, que é inviolável, inclusive pelo Estado.

Nesse mesmo julgamento a Corte afirmou que convicções filosóficas ou religiosas dos pais, não podem se portar como obstáculo para a vacinação de um filho, já que esses pensamentos pessoais não poderiam vir a prejudicar a saúde de terceiros. O ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, ressaltou que as liberdades de pensamento e de crença devem ser relativizadas em favor do direito à saúde e o direito à vida.⁵

CHOQUE ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E O DIREITO À SAÚDE COLETIVA

Um dos pontos mais polêmicos e controversos na matéria dos Direitos Fundamentais é o “choque” ou “colisão” entre esses Direitos. A colisão entre Direitos Fundamentais é um tema que tem sido estudado pela doutrina alemã por muitos anos, e tem como um dos

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1267879/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, 17/12/2020

seus principais estudiosos o jurista Robert Alexy⁶, que definiu várias teorias para a solução desses casos.

A colisão pode ser entendida, basicamente, como uma situação de fato, em que dois Direitos Fundamentais acabam se chocando, visto o caráter contraditório entre eles naquela situação. É importante dizer que essa colisão se dá no âmbito das situações concretas, que tornam duas normas antagônicas. Um dos exemplos mais claros e didáticos que a doutrina apresenta é o choque entre o direito à liberdade de expressão e o direito à intimidade e à imagem. Nessa situação, existe uma colisão entre dois direitos que são constitucionalmente protegidos, mas que em um caso concreto específico podem se encontrar, como na publicação de uma biografia, por exemplo.

É necessário estabelecer que os Direitos Fundamentais, como dito em tópico anterior, não são absolutos, apesar de todos serem positivados e garantidos pela Constituição. Dito isso, a relativização de um Direito Fundamental não deve ser a regra, mas pode ocorrer em um caso concreto. Dentro de um caso concreto, a opção por um direito em detrimento de outro vai depender, da subjetividade do intérprete e do aplicador do direito, por meio de técnicas como a ponderação e a razoabilidade.

A ponderação pode ser entendida, basicamente, como o sopesamento das condições que legitimam aquele direito no caso concreto. É como aferir se, naquele contexto, é razoável limitar o exercício de um direito por uma pessoa, em detrimento do exercício de outro direito por outra pessoa, ambos em choque naquele contexto. Não é correto conferir “pesos” diferentes para os Direitos

⁶ Robert Alexy foi um jurista alemão e desenvolveu estudos acerca da colisão entre Direitos Fundamentais. Alexy entendia a colisão entre direitos como uma colisão entre princípios, e acreditava que o problema criado por uma eventual colisão deveria ser resolvido pelo postulado da proporcionalidade, que funcionaria como verificador da adequação de um determinado direito ao caso concreto, para então, verificar a possibilidade de escolher um deles em detrimento de outro. Além disso, uma eventual supressão de um direito, deveria ser fundamentada, traçando os motivos da escolha de um sobre outro, devendo o aplicador optar pela melhor solução no caso em análise. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Fundamentais, pois a Constituição define todos em um mesmo plano de eficácia. No entanto, diante de um caso complexo, presentes essas colisões, se faz necessário abdicar de um direito para se privilegiar outro, e isso por meio da ponderação daquele que aplica as normas constitucionais.

Nesse panorama, a pandemia da COVID-19 e a vacinação trouxeram à tona um inevitável choque entre direitos. As pessoas que não querem se vacinar, alegam que ninguém pode as obrigar a tal, visto que o direito à liberdade é constitucionalmente garantido. De outro lado, é bem lógico que os adeptos da vacina digam que não é possível optar por não se vacinar alegando a liberdade individual, visto que nesse caso o direito à saúde e a coletividade devem prevalecer frente à individualidade.

VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E RELAÇÕES TRABALHISTAS

Como dito, o STF legitimou a vacinação compulsória dos cidadãos, mas olhando para o âmbito trabalhista, seria lícito ou até mesmo constitucional, que um empregador exigisse de seus empregados o comprovante de vacinação? Ou ainda, seria lícito condicionar a contratação de uma pessoa, à apresentação do comprovante de vacinação?

Com a retomada econômica gradual e o avanço da vacinação essa discussão tem sido ampliada e vem gerando polêmicas, apoiadas em decisões de órgãos públicos e tribunais. É certo, como já exposto, que o STF afirmou que os Estados podem impor medidas restritivas indiretas aos cidadãos que optarem por não se vacinar, incluindo a proibição de frequentar certos locais. Se apoiando nessa decisão da Corte Suprema, o Ministério Público do Trabalho (MPT) desenvolveu um guia que detalha as consequências a uma eventual recusa da vacina. O órgão defende a vacinação obrigatória no âmbito trabalhista, e diz que uma eventual recusa à vacina pode levar à demissão por justa causa do trabalhador.

Ainda nesse panorama, o MPT esclarece que, assim como disse o ministro do STF, Luís Roberto Barroso, o interesse particular de um trabalhador não pode se sobressair à segurança trazida pela vacina em um ambiente de trabalho coletivo. Sendo assim, a convicção pessoal de um trabalhador, deve ser restringida em prol da saúde coletiva dos outros trabalhadores.

RECUSA À VACINA E DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA

Como exposto, o tema não é simples e gera diversas polêmicas e opiniões divergentes. É certo que os reflexos da vacinação já são visíveis nas relações trabalhistas e tendem a receber ainda mais destaque com o passar do tempo. É interessante lembrar de um caso que se tornou famoso em todo o país, sendo noticiado por diversas redes de televisão e meios de comunicação na internet.

Uma funcionária de um hospital que trabalhava como auxiliar de limpeza, na cidade de São Caetano (SP) foi demitida por justa causa por se recusar a tomar a vacina contra a COVID-19. A funcionária não compareceu no dia estipulado para receber a vacina e, por esse motivo, foi demitida logo em seguida. O hospital alegou na demissão que a funcionária havia cometido um ato de indisciplina, que justificou a aplicação da justa causa, que é prevista pela CLT. Porém, a funcionária, ajuizou ação para reversão da sua demissão, sob a alegação de que a ação do hospital teria sido desproporcional e que a justa causa não era cabível naquela situação. O hospital se defendeu, dizendo que forneceu todo o suporte para que seus funcionários se vacinassem, e realizou campanhas de vacinação e incentivo para tal. Uma juíza da 2ª Vara do Trabalho decidiu pela improcedência do pedido e fundamentou a decisão dizendo que o direito à saúde coletiva prevalece sobre a vontade individual.

Em recurso, interposto pela funcionária, o TRT-2 disse que a demissão por justa causa não havia sido desproporcional, e que não era razoável que os interesses particulares prevalecessem sobre os

coletivos, dizendo ainda que o Hospital promoveu todos os meios para que os funcionários se vacinassem, sendo legítima a demissão. Os desembargadores também se basearam nas decisões do STF, já expostas aqui, de que é possível se estabelecer a vacinação compulsória e que o direito pessoal não pode prevalecer sobre o coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos estudos realizados é possível concluir que o tema requer uma análise cautelosa e não é de simples aceitação por todos, por se tratar de algo que acarreta muita polêmica. Casos de demissão por justa causa, baseados na recusa à vacina, são razoáveis, visto que, seguindo a linha de pensamento do STF, não se pode comprometer a segurança da coletividade por premissas pessoais e, mesmo que isso ofenda o direito fundamental à liberdade, outros direitos fundamentais devem se sobressair nesses casos, como o próprio direito à vida.

Além disso, todo o planeta tem vivenciado grandes dificuldades, não apenas econômicas, mas também sociais e humanitárias, criadas pela pandemia de COVID-19, e parece bem claro que o avanço da vacinação tem feito esse cenário mudar, trazendo de volta à normalidade que todos sempre estiveram acostumados. Sendo assim, parece lógico que a vacinação seja privilegiada, como forma de proteção dos indivíduos frente ao vírus. Políticas como o “passaporte da vacina” são de extrema importância e servem como incentivo para que todos recebam a vacina, garantindo a segurança da população em geral.

Ademais, em eventual choque entre o direito individual à liberdade e o direito coletivo à saúde, este deve ser privilegiado em face daquele, a partir de métodos de ponderação, como forma de garantir o retorno à normalidade. Porém, como abordado em tópico próprio, essa vacinação deve ser compulsória, mas não pode ocorrer de forma forçada, visto que os indivíduos não podem sofrer nenhuma espécie de coação por parte do Estado, sendo necessário que este último crie

mecanismos de incentivo à vacinação, como as restrições impostas aos cidadãos que optarem por não receber a vacina.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01/10/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 1267879/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, 17/12/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 201819/RJ. Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, 11/10/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 161243/DF. Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, 29/10/1996

CAMPOS, Ana Cristina. Direito coletivo deve prevalecer no combate a pandemia, diz estudo. **Agência Brasil**, 2021. Disponível: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-01/direito-coletivo-deve-prevalecer-no-combate-pandemia-diz-estudo>>. Acesso em: 01/10/2021.

RECUSA à vacina pode gerar dispensa por justa causa, orienta MPT. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-fev-09/recusa-vacina-gerar-dispensa-justa-causa-orienta-mpt>>. Acesso em: 30/09/2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LINHA do tempo do Coronavírus no Brasil. Sanar Saúde, 2020. Disponível em: < <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>>. Acesso em: 29/09/2021.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A EXCLUSÃO DE USUÁRIOS DAS REDES SOCIAIS

Evandro Neto Teixeira Medeiros

RESUMO: O presente estudo trata sobre a aplicação da doutrina do processo constitucional na exclusão de usuários das redes sociais. A análise pressupõe a horizontalidade dos direitos fundamentais que, por sua vez, dita a incidência desses direitos nas relações privadas. O problema que se recorta é como pode se dar a violação dos direitos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, todos componentes dos versos da doutrina do processo constitucional, no âmbito da relação privada entre o usuário de uma rede social e a empresa fornecedora da rede. Tem como hipótese a eficácia direta/imediata desses direitos nas relações privadas. O objetivo geral do estudo é que através da análise da doutrina e da jurisprudência, seja possível avaliar como se opera essa eficácia entre os usuários de uma rede social e a empresa proprietária da rede. Para tanto, adota-se como marco teórico as doutrinas da horizontalidade dos direitos fundamentais e do processo constitucional. Concluindo-se que o devido processo legal e todos os direitos e garantias inerentes a ele deve ser adotado quando da exclusão de membros de uma rede social.

PALAVRAS-CHAVE: processo constitucional; horizontalidade dos direitos fundamentais; relações privadas; redes sociais.

INTRODUÇÃO

As redes sociais se expandiram na sociedade, tornando-se um dos principais meios de entretenimento e socialização das pessoas de todo o mundo. Os equipamentos eletrônicos estão cada vez mais intuitivos e os algoritmos das redes sociais estão cada vez mais especializados em atrair a atenção dos usuários.

Destaca-se a utilização desse meio de comunicação na prática da cidadania de movimentos políticos e partidários. Essa prática dentro de uma democracia pressupõe pluralidade e embate de ideias. Para isso é preciso garantir direitos inerentes às práticas de política partidária, como a liberdade de expressão. Entretanto, em janeiro do ano de 2021, após as eleições presidenciais dos Estados Unidos da América, o candidato e então presidente daquele país, Donald Trump, teve sua conta na rede social *Twitter* excluída permanentemente. Como usuário, Trump tinha cerca de 88 milhões de seguidores e a conta era seu principal meio de comunicação com sua militância. A justificativa da empresa proprietária do *Twitter* foi no sentido de que a conta estava sendo usada para incitação da violência, por ocasião da invasão do Capitólio em 06 de janeiro daquele mesmo ano.

O presente estudo não busca ponderar a medida tomada, mas apontar para um potencial dano a um usuário que tenha sua conta em rede social excluída. A possibilidade da existência do dano faz surgir o debate sobre os direitos fundamentais relacionados à defesa daquele que é acusado de utilizar sua conta para qualquer fim que infrinja regras de comportamento daquela rede.

Através da bibliografia de doutrinadores do direito constitucional e do processo constitucional, acompanhados de dados estatísticos e jurisprudências, o presente estudo propõe discutir a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas a partir da evolução dos movimentos constitucionalistas e a construção da doutrina da horizontalidade dos direitos fundamentais, aplicado na exclusão de usuários de redes sociais. Para isso, o estudo se atém à análise sobre a violação dos direitos fundamentais relacionados com o processo, tais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Inicialmente será apresentado sobre a expansão das redes sociais na sociedade e o potencial dano que uma exclusão de uma conta pode acarretar ao usuário daquela conta. Posteriormente, será dissertado sobre os fundamentos da horizontalidade dos direitos fundamentais, tendo sido este o marco teórico do presente estudo. Seguidamente, os direitos relativos ao processo serão posicionados como direitos

fundamentais e, portanto, com eficácia na relação entre usuário e empresa proprietárias das redes e, por fim, chegará a conclusão de que a exclusão de um usuário de uma rede social somente deve se dar em procedimento que garanta o devido processo legal e os direitos e garantias a ele aglutinados.

AS REDES SOCIAIS

As redes sociais são grandes sociedades virtuais cujos usuários, através de seus aparelhos eletrônicos com acesso à internet, convivem diariamente entre si. Não é mais comum que uma pessoa não possua ao menos uma conta em uma rede social, tendo em vista que vários âmbitos da vida real relacionados à comunicação passaram a operar exclusivamente por meio desses ambientes, tornando decrépitas formas tradicionais de comunicar, como a ligação telefônica.

A geração e o consumo de conteúdos e mensagens das redes sociais se operam através de algoritmos através do qual um usuário chamado de emissor envia uma mensagem para outro usuário chamado de receptor. O primeiro exerce a função de gerador de conteúdo e o segundo de consumidor de conteúdo, sendo que os papéis podem ser trocados a todo momento. Além disso, diversos usuários podem participar dessa comunicação, havendo mais de um emissor e mais de um receptor em espaços das redes que podem ser de acesso público ou restrito a um determinado grupo.

Esses sistemas virtuais não são dados da natureza, ou seja, não são recursos naturais. Surgiram através de linhas de códigos de linguagem de programação escritas por pessoas e empresas que detém o domínio do endereço eletrônico daquele site e hospedam todos os dados que decorrem dele. Nesse sentido, é importante ressaltar a natureza privada da empresa dona da rede social, o que conclui, portanto, a natureza privada do canal de comunicação estabelecida através daquela rede, que, não obstante ser de acesso público e gratuito, foram construídas, mantidas e controladas por empresas privadas.

Algumas características desses canais de comunicação os diferenciam dos demais e os fazem se tornarem mais atrativos. A primeira característica é a horizontalidade dos usuários, isso significa que, em teoria, os ambientes de comunicação são de acesso comum, não havendo hierarquias e controle das contas e conteúdos. A segunda característica é a autogeração de conteúdo, ou seja, os usuários que consomem os conteúdos são os mesmos que o geram. Por fim, a última característica, que decorre da segunda, é o fato de que a geração de conteúdo ocorre de forma descentralizada.

Em virtude dessas características, as redes sociais deixam de ser um canal apenas de contato, como o telefone e *e-mail* e passa a ser considerada uma mídia de acesso a conteúdo, portanto, comumente é chamada de mídias sociais. Os conteúdos que são produzidos e acessados são diversos: entretenimento, notícia, opinião, pesquisa, estudos e etc. tudo isso de forma ampla, horizontal e acessível, assim como a televisão, a revista, o jornal, o rádio, o livro e etc. O que diferencia as mídias sociais das mídias convencionais são as características de horizontalidade, autogeração de conteúdo e descentralização, conforme já dito. Assim, todos podem produzir conteúdo de mídia ao mesmo tempo que se colocam como consumidores.

A possibilidade de um canal de comunicação do porte de mídia ser tão acessível aos usuários é fruto da evolução tecnológica dos programas que operam as redes. Diversos programadores de todo o mundo estudam e constroem os chamados *softwares* (programas) cada vez mais robustos e atraentes para que mais usuários sejam prospectados. Aliado aos programadores estão os engenheiros de equipamentos eletrônicos com acesso à internet, que estudam e constroem os chamados *hardwares* (equipamentos) cada vez mais fáceis e intuitivos de operar, de forma que crianças na mais tenra idade e até aqueles que não nasceram na era digital, consigam fazer parte dessa sociedade digital, produzindo e consumindo conteúdo.

Toda essa estrutura de *softwares* e *hardwares* possuem custos de tecnologia, estudos, pessoal e manutenção. Parte desses custos são pagos por marcas que anunciam seus produtos nas redes sociais. Daí o

surgimento de uma nova forma de publicidade, o *marketing digital*. Se o objetivo da publicidade é que uma marca, serviço ou produto atinja um grande público para incentivá-lo a consumir, as mídias sempre foram um ambiente de trabalho para os publicitários, dado o grande número de usuários. Portanto, não poderia ser diferente nas mídias sociais.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE no de 2019, 78,3% da população brasileira acima de 10 anos tem acesso a internet para consumo de conteúdo das mídias sociais. Logo, uma marca que anuncia em uma rede social, pode atingir cerca de três quartos de toda população do país. Por outro lado, uma empresa que não tem presença *online* poderá incorrer na invisibilidade, uma vez que os usuários já utilizam o canal das redes para procurar produtos e serviços.

Algumas das plataformas de rede social são especializadas em um determinado modelo, como modelos para vídeos, fotos, performance artística e de relacionamentos profissionais. Por essa última, é possível anunciar vagas de emprego, expor currículo profissional e acadêmico, fazer parcerias, divulgar marcas, dentre outras funcionalidades ligadas ao que no mundo corporativo chama de *networking*. Muitas empresas e corporações utilizam exclusivamente essas redes especializadas em relacionamentos profissionais para divulgar processos seletivos ou construir banco de currículos.

Nota-se que vários âmbitos da vida real passaram a estar presentes no mundo virtual, como o entretenimento, a publicidade e as relações profissionais. Com essa gama de possibilidades e o número elevado do percentual da sociedade que utilizam as plataformas de redes sociais, não é de se surpreender que os conflitos da vida real também sejam encontrados no mundo virtual. Cita-se os crimes contra a honra praticados nas redes, que decorre da facilidade dos usuários se expressarem através de vídeos, áudios e textos. Basta que um usuário tenha uma conta em uma rede, para publicar ofensas e mentiras.

Além de conflitos entre usuários, também é possível que haja conflitos entre o usuário e a empresa que oferece a plataforma de

rede social, sendo esse o objeto do presente estudo. Um dos pontos de conflito é quanto à aplicação de sanções aplicadas pela empresa ao usuário. Essas próprias empresas criam padrões de comportamento dos usuários que se infringidos poderão incorrer em sanções. Várias medidas podem ser tomadas como uma simples interpelação, ou a remoção de uma publicação, bem como a suspensão temporária da conta e, a mais grave, exclusão permanente da conta.

No contexto da relação de um usuário e a empresa a aplicação de uma sanção poderá constituir um dos conflitos que surgem neste âmbito, quando supostamente a conta do usuário é utilizada em desconformidade com os chamados padrões de comportamento da plataforma.

A necessidade da sanção decorre do potencial dano que a ação de um usuário pode causar à convivência nas redes. Por outro lado, a medida de exclusão também pode trazer danos ao imputado, como redução da capacidade de sociabilidade e de construção de *networking*.

De todo modo, é importante notar a hipossuficiência que o usuário se encontra em relação à empresa que fornece a plataforma, tendo em vista que esta tem o poder de dispor da conta de qualquer usuário, havendo motivo justificado ou não.

Nessa conjuntura, inevitável as discussões relativas à liberalidade dessas empresas de insurgir contra um usuário e executar imediatamente medidas de punição, como a exclusão, sem observar os direitos fundamentais relacionados ao devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Conforme se verá, o poder sancionador da empresa fornecedora das plataformas pode causar prejuízos ao usuário, por isso a importância de avaliar os limites desse poder.

A empresa transveste em figura de julgador sobre o ato de um usuário e muitas vezes figura até mesmo como acusador, uma vez que as supostas infrações aos padrões da comunidade podem ser detectados pela tecnologia embarcada nas plataformas e não somente através de denúncias.

Não obstante esse exercício da empresa ser parecido com o da jurisdição, a relação que se estabelece com o usuário é uma relação de ordem privada. Assim, para avaliar a aplicação dos direitos fundamentais relacionados ao processo, se faz necessário discorrer sobre a incidência desses direitos nas relações privadas.

OS FUNDAMENTOS DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA INCIDÊNCIA NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Os direitos fundamentais devem ser estudados a partir dos diversos movimentos constitucionalistas da história do direito. O teor doutrinário desses movimentos vai refletir as visões de Estado, sociedade e indivíduo a partir de toda a conjuntura e fenômenos históricos à sua época.

O ponto de partida dos direitos fundamentais não vai indicar um fim, como se previsível fosse, mas no decorrer do tempo e das realidades vividas na sociedade o teor doutrinário vai se alterando, se opondo e criando rupturas que acabam por formar diversas bifurcações do próprio conceito e sentido dos direitos fundamentais. Portanto, passa-se a analisar os principais movimentos doutrinários do constitucionalismo que discorrem sobre os direitos fundamentais até barrar na sua incidência nas relações privadas.

O que é considerado o primeiro movimento constitucionalista nasceu no âmbito do Estado Liberal, concentrou seus esforços na oposição ao poder absoluto, à opressão e ao arbítrio da monarquia absolutista do século XVII. Nessa conjuntura, a primeira fase do constitucionalismo deriva de uma reação contra o Estado na defesa de direitos dos homens. Escreve Celso Lafer:

[...] os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, na doutrina liberal, através do reconhecimento da liberdade religiosa e de opinião dos indivíduos, a

emancipação do poder político das tradicionais pelas do poder religioso e através da liberdade de iniciativa econômica a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político.

Acrescenta-se o magistério do professor Paulo Bonavides:

[...] institucionalizou a filosofia de antagonismo ao poder e ao Estado, representando uma Sociedade que a Constituição *despolitizara* quase por inteiro, em afirmação e honra de postulados liberais. Cavou-se, portanto, entre a Sociedade e Estado um profundo fosso, a saber, uma rigorosa e nítida separação de conceitos.

Seguindo a senda dos iluministas, os direitos dos homens eram entendidos como direitos naturais e inatos que precedem o Estado. Isso significa que a este não é permitido oprimir de forma arbitrária esses direitos, mas assumir uma posição abstencionista para que os indivíduos os gozem sem limitação do Estado.

O primeiro marco histórico da formação do Estado Liberal é a Revolução Gloriosa do século XVII, que produziu em seu bojo as primeiras declarações de direitos (*bill of rights*) que tinha mais características literária que normativa.

Outros dois eventos históricos que marcam a ascensão do Estado Liberal são a independência dos Estados Unidos em 1776 e a revolução francesa ocorrida no final do século XVIII e início do século XIX. Aqui vale destacar a declaração de independência redigida por Thomas Jefferson:

Nós consideramos as seguintes verdades como auto evidentes: que todos os homens são criados iguais, que eles são dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. E é para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens,

derivando os seus justos poderes do consentimento do governador.

Essa declaração foi refletida posteriormente na constituição dos Estados Unidos de 1787. As *bill of rights* constam nas primeiras 10 emendas, que conforme já trazido, contém os direitos básicos do indivíduo em face do poder do Estado.

A Revolução Francesa teve como uma das motivações a declaração de independência dos Estados Unidos. Culminou na abolição da monarquia, dos privilégios estamentais e na declaração dos direitos dos homens e do cidadão, que previa os mesmos direitos costumeiros da *bill of rights* e que posteriormente em 1791 inspirou a constituição francesa.

Com a influência da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, as constituições também previam a estrutura básica do Estado e suas competências, com freios e contrapesos para que nenhum dos poderes avançasse contra as *bill of rights*. Daqui também surgiu a necessidade dos textos constitucionais e de sua força normativa.

O Estado Liberal a partir da Revolução Francesa levou à asserção a classe burguesa, que eram aqueles que produziam riqueza. Ensina Bonavides:

Os direitos fundamentais como direitos clássicos da liberdade foram gerados por uma Sociedade que detinha o monopólio ideológico dos princípios a serem gravados nas Declarações de Direitos, ou seja, nas Constituições. Não tinha ainda a Sociedade burguesa um credo político contestado; emergia ela de um triunfo de ideias sobre a realeza de direito divino e as antigas ordens privilegiadas. Por isso mesmo podia largar a sua Constituição, a Constituição dos liberais.

A insurgência da burguesia eclodiu na Revolução Industrial ocorrida no final do século XVIII e início do século XIX. Esse período é caracterizado pelo surgimento da indústria, o intenso deslocamento da população rural para as cidades, as concentrações urbanas e a consolidação do capitalismo.

Devido às condições precárias de trabalho nas indústrias e a condição de pobreza e exploração a que eram submetidos os trabalhadores, foi constatado que os valores humanitários do iluminismo e os ideários de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa forneciam somente base formal dos direitos fundamentais. Segundo Sarmiento:

Com o passar do tempo, foi se consolidando a convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais, era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano.

Assim, era necessário a redução das distorções econômicas e a promoção de igualdade material e condições mínimas de vida que garantam a dignidade da pessoa. Somente o Estado poderia promover políticas públicas para alcançar esses objetivos.

Nesse contexto há uma ruptura no Estado Liberal, já que se passa a buscar a atuação do Estado na garantia de direitos mínimos de existência de um indivíduo. Ou seja, o Estado deixa de ser abstencionista para ser prestador de direitos econômicos, sociais e coletivos, que imporão limites à autonomia da vontade. Inaugura-se um novo paradigma, do Estado Social.

O marco histórico que contribuiu para o declínio do Estado Liberal é a Revolução Russa de 1917, que, constatando as distorções econômicas da época, promoveu a apropriação pelo Estado dos meios de produção. Tudo supostamente ao bem da coletividade em detrimento do poderio econômico dos burgueses donos dos meios de produção. A Revolução produziu a constituição russa de 1918, baseada na insurgência dos trabalhadores contra a realidade que se constata

das condições precárias de vida a que eram submetidos em detrimento do poder econômico dos burgueses.

A constituição que definitivamente inaugurou de forma documentada o Estado Social e se tornou inspiração para diversas outras constituições sociais foi a Constituição de Weimar de 1919, surgida após a derrubada do Império Alemão.

Da perspectiva do constitucionalismo, vale a crítica de Bonavides, que observa que tais direitos continuaram a ser meras formalidades, pois dotados de características programáticas:

Direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro, desconhecido pelo Direito Constitucional clássico. Mas dificilmente as declarações que os inseriram se prestavam a uma redução jurídica, fácil, de modo a fazê-los ingressar no corpo da Constituição dotados já de aplicabilidade direta e imediata.

O constitucionalismo contemporâneo, chamado de neo constitucionalismo, construído no seio do Estado Democrático de Direito, foi delineado por Luís Roberto Barroso em três marcos fundamentais: histórico, filosófico e teórico.

O marco histórico se dá com o pós 2ª Guerra Mundial, marcado pelos desmandos do regime nazista. Esse trágico período da história criou uma ruptura em todos os âmbitos da humanidade e provocou a necessidade que tanto os direitos fundamentais relacionados à liberdade no Estado Liberal, quanto aqueles direitos sociais do Estado Social se tornarem universalizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 adotado pela Organização das Nações Unidas, que atualmente conta com 193 Estados-membros.

O marco filosófico, segundo o autor, é o pós-positivismo, que superou as divergências entre o jusnaturalismo e o juspositivismo - de um lado a crença em princípios de justiça universais e ostentados

por todos e de outro o objetivismo científico que afasta a discussões filosóficas e reduz o direito à lei. Assim, houve “atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.”

O marco teórico refere-se a novas concepções dos direitos constitucionais que incluem o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional através dos tribunais constitucionais e o desenvolvimento de uma nova dogmática interpretativa baseada na constituição. Nesse ponto encontra-se atribuída a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas que, por sua vez, vem da noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

O pressuposto da referida noção é a ideia de que as normas constitucionais decorrem do reconhecimento e condensamento dos valores mais relevante de uma comunidade política e que, portanto, deverá ser um norte para a Poder Público, bem como para toda a sociedade particular. Ou seja, a constituição como norma jurídica tem supremacia não somente sobre as demais normas jurídicas, mas sobre qualquer relação jurídica. A constituição é colocada como viga mestra de todas as normas e relações jurídicas, dado que expressa os valores mais relevantes de uma sociedade, chegando a atingir até as relações privadas.

Nesse sentido ensina Sarmento:

[..] a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados e protegem a pessoa humana da

opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea.

Essa noção estabelece a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas, que, por sua vez, é dividida em duas teorias, a teoria da eficácia indireta/mediata e a teoria da eficácia direta/imediata.

A teoria da eficácia indireta assevera que a proteção dos direitos fundamentais ocorre através de mecanismos próprios do direito privados, através de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados que quando aplicados refletem os valores postos na constituição. Não podendo ser invocado diretamente entre particulares, senão por norma infraconstitucional.

A teoria de eficácia direta reconhece a incidência dos direitos fundamentais diretamente nas relações privadas, não necessitando de normatização infraconstitucional para isso. Trata-se de direito subjetivo que pode ser invocado diretamente entre particulares.

A absorção da doutrina da horizontalidade dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico pátrio é recente, segundo Barroso:

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do ponto de vista das teorias de eficácia direta ou indireta, Barroso considera que afigura-se mais adequado à realidade brasileira e que tem prevalecido na doutrina a teoria da eficácia direta, ou

seja, no ordenamento jurídico pátrio não é necessário norma infraconstitucional e mecanismos do direito privado para que a constituição possua eficácia nas relações privadas.

Todos esses fenômenos ensejaram em mais uma das características do neoconstitucionalismo, que é a constitucionalização do direito. Segundo Barroso:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional.

Com isso, todo o ordenamento jurídico deve ser visto com as lentes da constituição. A partir de então surgem os conceitos de direito civil constitucional, direito penal constitucional e, dentre outros, o direito processual constitucional ou processo constitucional, de modo que todos a normativa infraconstitucional não somente obedece, mas recepciona em seus textos normativos e formais os preceitos fundamentais da constituição.

O PROCESSO CONSTITUCIONAL NA EXCLUSÃO DE MEMBROS DE REDES SOCIAIS

A partir de todo o exposto sobre os fundamentos da horizontalidade dos direitos fundamentais, resta claro que os direitos relacionados ao processo sempre serão enxergados a partir do que dispõe a constituição sobre o tema, seja isoladamente ou em conjunto com as normas legais infraconstitucionais relacionadas ao tema.

Neste tópico, será verificado a irradiação do processo constitucional na exclusão de usuários das plataformas de redes sociais, ou seja, busca compreender como deve ser realizada a exclusão a partir das normas constitucionais sobre o processo.

Mister fazer mais uma breve digressão. A doutrina que o presente tópico terá como base teórica faz a leitura do processo constitucional na jurisdição, quando pretendida tutela de direitos subjetivos em face do Estado. Entretanto, isso não revela que os doutrinadores que serão citados não são adeptos à eficácia dos direitos fundamentais relacionados ao processo nas relações privadas, mas que seus estudos direcionaram esforços para o processo constitucional na jurisdição. Optou-se por essa doutrina, dado que possui base teórica avançada, madura e, em parte, aplicável ao sentido que se toma neste estudo.

Conforme apresentado, o conceito de processo constitucional decorre da noção de horizontalidade dos direitos fundamentais, noção está aflorada a partir do movimento neoconstitucionalista. Muito embora os primeiros escritos sobre o processo constitucional sejam atribuídos ao jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, o precursor do tema no Brasil, conforme revela Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, foi José Alfredo de Oliveira Baracho, na obra intitulada “Processo Constitucional” publicada pela primeira vez em 1984 pela Editora Forense.

O professor Brêtas transcrevendo um trecho da referida obra, registrou:

A aproximação entre Constituição e processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional, como preferem outros: a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de Direito Processual Constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemática, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição.

Pelo registro é possível constatar que a doutrina do processo constitucional considera o processo como uma garantia processual, por isso mesmo consolidado nos textos constitucionais do advento do Estado Democrático de Direito, através dos referidos princípios constitucionais do processo, tais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, estes previstos nos incisos LIV e LV do art. 5º CRFB.

Oportuno fazer uma breve diferenciação entre processo constitucional, devido processo legal e os demais direitos do processo. O processo constitucional é a doutrina construída em volta de direitos fundamentais relacionados ao processo e sua irradiação em todo o ordenamento jurídico. O devido processo legal, segundo o professor Brêtas, é o principal alicerce dessa doutrina, que aglutina todos os demais direitos e garantias fundamentais relacionados ao processo, tais como o contraditório, a ampla defesa e a fundamentação da decisão.

Por todo o exposto até aqui, tem-se que o processo constitucional se trata direitos fundamentais e que por meio da horizontalidade desses direitos na vigência do atual movimento do neoconstitucionalismo, possuem eficácia direta nas relações privadas. Essa é a mesma tendência da doutrina e jurisprudência pátria, conforme se verá.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268-8 - Minas Gerais, através do voto condutor do Ministro Gilmar Mendes dispôs:

Tenho enfatizado, relativamente ao direito de defesa, que a Constituição de 1988 (art. 5º, LV) ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O voto destacou que as garantias constitucionais relacionadas ao processo não são somente asseguradas aos processos judiciais ou administrativos, mas também aos acusados em geral.

O próprio STF já teve oportunidade de fazer com que a eficácia dos direitos fundamentais relacionados ao processo se irradiasse nas relações privadas de forma direta. Dentre diversas decisões, destaca-se o Recurso Especial nº. 201.819-8. Trata-se da exclusão de um membro de uma associação civil de direito privado, cujo processo não foi oportunizado o direito de defesa ao acusado. O regulamento da associação previa que se houvesse indícios de prática contrária às normas da associação, a diretoria selecionaria uma comissão de inquérito para apurar os fatos e deliberar. No referido caso, foi deliberado pela exclusão do membro da associação.

Em voto também condutor, o Ministro Gilmar Mendes constatou a violação entre particulares dos direitos fundamentais relacionados ao processo e asseverou que aplicação desses direitos nas relações privadas é entendimento consolidado da Suprema Corte:

[...] o Supremo Tribunal Federal já possui histórico identificável de uma jurisdição constitucional voltada para a aplicação desses direitos às relações privadas.

Por essa posição, restou imperiosa a observância dos direitos fundamentais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa no processo de exclusão de membros da associação. Oportuno expor a ementa do acórdão:

EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As

violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

A exclusão de um usuário das redes sociais muito se assemelha ao caso do acórdão exposto, haja vista que igualmente se trata de uma relação privada, regida por normas previamente contratadas e que, na hipótese de infringência das normas, sanções poderão ser aplicadas ao infrator.

A ementa também observou a influência que a associação tem na vida do acusado, que daquela depende econômica e socialmente. Assim, a exclusão onera consideravelmente o excluído e, portanto, a decisão da associação não se trata de mera liberalidade sem efeito relevante.

Conduzindo a noção de onerosidade para a questão das redes sociais, mister fazer uma visita ao tópico 2 que aludiu da influência que têm as redes na vida em sociedade. Destaca-se o fato de que não estar presente nesses ambientes virtuais pode ensejar na redução de sua capacidade de sociabilidade e de construção de *networking*, restrição de acesso à sociedade mundial virtual, a invisibilidade de marcas, serviços e produtos, e até a hegemonia de uma ideologia política em detrimento de outra, provocando a redução da diversidade política típica de um Estado Democrático.

Soma-se a isso, o oligopólio das maiores empresas proprietárias das redes, não havendo diversidade para que, sendo excluído de uma, passasse a consumir de outra. As maiores empresas são a Meta Platforms, Inc., que engloba duas grandes redes, o Facebook e o Instagram, além da Twitter, Inc., proprietária do Twitter, o LinkedIn Corporation Inc, proprietária do LinkedIn e, por fim, a Alphabet Inc., proprietária do Youtube.

Essas são as redes sociais de maior alcance do mundo. Segundo pesquisa realizada e divulgada pela We Are Social, em parceria com a Hootsuite, somente no ano de 2020, um anúncio no Facebook poderia alcançar 1,95 bilhão de pessoas em todo o mundo, já o Instagram, 928,5 milhões, o Twitter, 339,6 milhões, o LinkedIn, 663,3 milhões e o Youtube, 2 bilhões.

Os dados revelam a dimensão e a importância que as redes sociais têm em toda a sociedade que passa a cada dia a depender mais da tecnologia e os meios virtuais de comunicação, trabalho e entretenimento. De modo que a exclusão de um usuário do acesso a todo esse mundo é o segregar da evolução constante desses meios que conectam à sociedade global.

Assim, ressalta-se mais uma vez o potencial dano que uma exclusão arbitrária e sem o devido processo legal poderá ocasionar ao usuário, seja esse um protagonista que possui diversos seguidores em sua conta, uma marca ou usuário médio que utiliza as redes sociais para entretenimento. Portanto, no pilar da horizontalidade dos direitos fundamentais é imperiosa a observância por parte das empresas

fornecedoras das plataformas aos direitos e garantias constitucionais do devido processo legal quando da exclusão de um usuário.

Pela doutrina do processo constitucional, essa garantia não se restringe apenas ao direito à defesa, mas como já dito, constitui um bloco aglutinante de diversos direitos e garantias, que deve operar-se de acordo com o que foi esclarecido no voto do Ministro Gilmar Mendes no MS nº. 24.268-8 já citado:

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363- 364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 103, vol IV, nº 85-99).

Nesse sentido, as empresas proprietárias das redes sociais devem adotar medidas e procedimentos quando da aplicação de sanções que, potencialmente, podem causar dano ao usuário, observando devido processo legal. Para isso, deve garantir que o acusado tenha amplo acesso ao processo de modo a verificar os fatos que basearam os indícios de violação que lhe são imputados, relacionando a publicação ou uso

irregular de alguma ferramenta com a expressa previsão nas regras e padrões de comportamento. Somente assim, será possível exercer o segundo direito que é o de manifestar no processo, apresentando elementos fáticos e jurídicos que afastam a caracterização da infração que é imputada. A oportunidade de manifestação no processo refere-se ao direito ao contraditório, que deve ser realizado de forma ampla para utilizar de todos os meios legais de prova e formas de defesa de modo a resistir à acusação.

Por fim, o julgador na sua decisão deverá considerar a defesa apresentada pelo acusado. Esse direito está ligado ao princípio da cooperação processual, que é operado com o contraditório, por meio do qual o acusado terá participação efetiva no desenvolvimento do processo para influenciar o julgador nas questões de fato e direito discutidas e, ocasionalmente, obter decisão favorável. Por fim, o julgador apresentará as razões de acolhimento ou não acolhimento dos pontos trazidos ao processo pelo acusado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou contribuir para o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo tendo como ponto fulcral os direitos fundamentais relativos ao processo assegurados aos acusados nas relações privadas. A relação objeto do estudo é aquela desenvolvida entre os usuários de uma rede social e a empresa fornecedora de rede social.

Através do estudo foi possível compreender que devido à penetração das redes sociais na vida em sociedade mundial, diversos âmbitos da vida real têm migrado para esse ambiente, formando uma grande sociedade mundial virtualizada, tais como o entretenimento, a comunicação, a informação e o mercado. As contas dos usuários de redes sociais são operadas por pessoas que são sujeitos de direitos fundamentais que devem ser garantidos tanto na vida real como virtual.

Através dos movimentos constitucionalistas da história da humanidade diversas bifurcações foram criadas, mas o caminho trilhado pelo constitucionalismo pátrio foi o da horizontalidade, pela qual os direitos fundamentais têm aplicação direta nas relações privadas.

Em se tratando da exclusão de membros das redes sociais, os direitos fundamentais que se destacaram são aqueles relacionados ao processo, tendo em vista o potencial dano que essa exclusão pode trazer para o usuário.

Assim, quando da exclusão de um membro de uma rede, a empresa proprietária da rede deve observar a aplicação do devido processo legal e os direitos e garantias que lhe são aglutinados. Sob pena de violação desses valores tão relevantes previstos na constituição.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240. p. 1–42. abr./jun. 2005. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>>. Acesso em: 01 de novembro de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4. ed. revista, atualizada, e ampliada, com remissões ao Código de Processo Civil de 2015. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

DATAREPORTAL, Digital 2020: **Global digital overview**. Disponível em: <<https://datareportal.com/reports/digital-2020-global-digital-overview>>. Acesso em: 23 de novembro de 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., atual e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

IBGE, Diretoria de Pesquisa, Coordenação de Trabalho e rendimento, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2018/2019**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf>. Acesso em: 09 de novembro de 2021.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MS 24268, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00081 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922.

RE 201819, Relator(a): ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA: O NECESSÁRIO BALANCEAMENTO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PARTICULAR

*Daniella Bernucci Paulino
Rodolpho Barreto Sampaio Jr.*

RESUMO

No atual cenário pandêmico, a obrigatoriedade da vacinação traz uma grande discussão sobre a violação ou não dos direitos da personalidade. O entedimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o Estado pode obrigar o cidadão a se vacinar, priorizando o bem estar coletivo em detrimento do individual, entretanto, é necessário lembrar que não é possível utilizar da coação para que essa imunização ocorra.

Nesse sentido, é preciso realizar uma análise dos movimentos antivacinas que se contropõe a decisão do STF, sob a ótica do direito civil, para que se possa encontrar uma solução capaz e eficaz para esse momento tão delicado.

Palavras- Chave:

Vacinação obrigatória; direitos da personalidade; coronavírus; Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal decidiu que estados e municípios podem estabelecer a obrigatoriedade da vacina contra a Covid-19. Deixou claro que não seria admissível uma vacinação forçada, isto é, contra a vontade da pessoa. Todavia, permitiu-se que sejam criadas restrições para aqueles que não se vacinarem. Indiretamente, as pessoas acabariam tendo que se vacinar para poderem frequentar determinados ambientes, por exemplo.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA

O novo coronavírus, e a sua rápida disseminação pelo globo terrestre, levaram os governos a decisões extremas: fechamento de fronteiras, cancelamento de voos internacionais, *lockdowns* e bloqueios de cidades, além de restrições as mais diversas sobre as liberdades individuais.

A atividade negocial também foi fortemente impactada pelos reflexos econômicos decorrentes das medidas de controle adotadas. A proibição do comércio não essencial e as limitações a vários segmentos econômicos geraram uma diminuição significativa do PIB, elevaram as taxas de desemprego, desequilibraram contratos, afetaram os níveis de inadimplência e promoveram o encerramento precoce de incontáveis empresas.

Esses problemas hoje, não são apenas locais. São problemas globais, que demandam da comunidade jurídica uma atenção diferenciada. Não apenas para impedir a degradação das condições econômicas como também para preservar os direitos e interesses das pessoas.

A PANDEMIA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Dentre a miríade de questões jurídicas advindas da pandemia, chama a atenção aquelas relacionadas aos direitos da personalidade. Estes, em suas mais diversas manifestações, em suas várias dimensões, sofreram um abalo profundo.

Pode-se citar a difícil escolha dos pacientes que teriam o direito ao tratamento médico naqueles casos – e eles não foram poucos – em que o número de leitos era limitado.

O ageísmo e o capacitismo, por exemplo, não estariam por trás dos protocolos que orientavam as equipes médicas a selecionar os mais aptos, a quem deveria ser conferido o direito ao tratamento médico?

O Protocolo SOFA, ao estabelecer como prioridades na alocação dos escassos recursos os critérios de a) salvar mais vidas; b) salvar mais anos de vida e c) priorizar o paciente mais capaz, consegue eliminar totalmente os vieses e avaliações subjetivas por parte da equipe médica?

Na mesma sequência de raciocínio, tem-se a discussão acerca da autonomia do médico e do paciente na escolha dos medicamentos que serão utilizados. Até que ponto o tratamento médico pode basear-se em medicamentos e protocolos experimentais? Qual o limite ético para o uso *off label* dos fármacos?

Uma outra situação que se vivenciou foi a reafirmação do direito de dizer adeus. Despedir-se dos entes queridos, despedir-se dos mortos, realizar os rituais de morte e passagem, isso tudo ganhou uma relevância inesperada, em um contexto em que o paciente, após adentrar o hospital, não podia mais ser visitado e seria sepultado em caixão fechado, sem sequer ser velado por seus parentes.

O MOVIMENTO ANTIVACINA

As restrições às liberdades individuais também despertam polêmica.

Não são raras as pessoas que se recusam à utilização das máscaras. No Brasil, mesmo as autoridades, de quem se deveria esperar fosse dado o exemplo para o restante da sociedade, foram flagradas desrespeitando essa exigência, quando não colocando em xeque a sua própria utilidade.

E, finalmente, a discussão que começa a se desenhar, diz respeito à obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19. A decisão do STF não foi o ponto final. Ao revés, deu início a uma ampla discussão sobre os limites das restrições que podem ser impostas pelo poder público e pelos próprios particulares.

Uma academia de ginástica poderia condicionar a matrícula de seus clientes à apresentação do certificado de vacinação? E uma escola privada? O empregador poderia estabelecer como requisito para a

contratação a prova da vacinação? São incontáveis as discussões que ainda estão por vir.

O movimento anti-vax tem crescido ao longo do mundo. E um de seus pilares é a exacerbação da liberdade individual, que não poderia ser cerceada pela implementação de campanhas de vacinação compulsória.

Na mesma proporção em que se desenvolvem vacinas para imunizar contra o novo coronavírus, desenvolve-se também o discurso antivacina. As pesquisas de opinião que têm sido realizadas evidenciam que um número cada vez maior de pessoas se recusa a ser vacinada.

De acordo com os últimos dados do Datafolha, mais de 20% da população declarou que não quer se vacinar. São mais de 45 milhões de pessoas, um contingente que é muito significativo, e que ainda pode aumentar se considerar-se que nenhuma vacina até hoje desenvolvida é 100% eficaz.

Não se pode, então, desconsiderar os efeitos que a pandemia traz para os direitos da personalidade. E nem tampouco se pode desconsiderar os impactos para a sociedade, decorrentes da forma como os direitos da personalidade são tratados pela ordem jurídica.

REVISITANDO OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Pode-se afirmar, de uma forma relativamente tranquila, que os direitos da personalidade têm experimentado um desenvolvimento e uma maior valorização nas últimas décadas.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ao assegurar uma significativa esfera de autonomia para o indivíduo, permitiu que se consolidassem direitos que seriam impensáveis há apenas meio século.

Mesmo no direito administrativo observa-se a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, firmando-se o entendimento de que a função precípua da administração consiste na efetivação dos direitos fundamentais.

Pois bem! Essa expansão dos direitos da personalidade, com a pandemia, parece ter atingido o seu limite. Já é possível perceber a retração na tutela a tais direitos, como acima mencionei.

É preciso, então, revisitar o fundamento de validade dos direitos da personalidade, e esse processo deve partir do constante conflito entre interesse público e interesse particular.

Uma visão excessivamente individualista dos direitos da personalidade poderia revelar-se prejudicial ao conjunto da sociedade, ao passo que uma visão excessivamente compressor da liberdade individual poderia revelar-se em desconformidade com a dinâmica e a estrutura do estado democrático de direito.

PONDERAÇÃO E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Defende-se, por conseguinte, que a ponderação seja o amálgama de uma teoria dos direitos da personalidade que contemple o livre desenvolvimento da pessoa e os interesses da coletividade.

Tomando-se, por exemplo, o direito de dizer adeus, pode-se verificar o conflito entre o interesse dos familiares de se despedir de seu ente querido e o interesse público, que pretende minimizar a dispersão do vírus.

Do mesmo modo, é perceptível o conflito entre o interesse do paciente, de arriscar-se utilizando fármacos off label, e o interesse público, que restringe o uso dos medicamentos ainda não aprovados pelas autoridades sanitárias.

Esse é o mesmo caso da vacinação compulsória: de um lado a recusa do paciente, que se assenta sobre sua autodeterminação, e de outro lado o interesse público de erradicar o vírus e de minimizar os seus impactos, inclusive financeiros.

A ponderação para justificar a restrição aos direitos da personalidade dependerá de um juízo de proporcionalidade, a ser realizado no caso concreto, a partir das circunstâncias específicas.

Será necessário averiguar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito para que se legitime a limitação aos direitos da personalidade.

VACINAÇÃO COMPULSÓRIA X LIBERDADE INDIVIDUAL

Considerando-se, por exemplo, a vacinação compulsória, deve-se perquirir se ela é o meio adequado para promover a imunização da população. Aqui, a análise é absoluta, e não comparativa.

Se a resposta a essa indagação for afirmativa, como parece ser o caso, inicia-se então a segunda etapa: a da necessidade. Ou seja: a imposição da vacinação é necessária para se atingir o objetivo pretendido? Existe algum meio menos gravoso a ser adotado? Existe outra forma de se atingir o mesmo resultado que não exija a mesma limitação ao direito da personalidade?

Bem! Não havendo medida menos gravosa para se atingir a mesma finalidade, vai-se então para a última análise, que consiste na apreciação da proporcionalidade em sentido estrito: qual o direito a se proteger? O direito do paciente de se recusar a tratamento médico ou o direito da população de se proteger de um novo vírus?

Ao final desse procedimento intelectual, será possível sopesar-se se é razoável ou não a restrição ao direito da personalidade.

Como já mencionado, o recurso à ponderação permitirá verificar, caso a caso, se é ou não razoável a restrição a determinado direito da personalidade.

Evita-se, assim, aquela visão tradicional dos direitos da personalidade, ainda muito assentada sobre o direito natural, e a visão excessivamente simplista da supremacia do interesse público sobre o particular. Evita-se um perfil exageradamente individualista e também um perfil centrado em uma visão autoritária do estado.

À GUIZA DE CONCLUSÃO

Em conclusão, considerando-se os efeitos da pandemia sobre os direitos da personalidade, não se pode deixar de considerar que são perceptíveis as restrições a vários desses direitos. A questão que se impõe é: são ou não aceitáveis essas restrições? Podem ou não ser admitidas por nossa ordem jurídica?

Para responder a esse questionamento, retorna-se à antiga discussão sobre a supremacia do interesse público sobre o particular. Mas deve-se evitar posicionamentos excessivamente polarizados: nem tão individualistas que ignorem o interesse coletivo, nem tão coletivistas que anulem o interesse privado.

A proposta, então, baseia-se na necessária ponderação entre a medida que se pretende adotar e a limitação ao direito da personalidade. Nos casos em que se evidenciar a proporcionalidade da restrição, ela deverá ser aceita, admitindo-se a adoção de medida em benefício da coletividade. Caso contrário, há de prevalecer o direito da personalidade em sua integralidade. A discussão, nesse caso, não é apenas política. É também jurídica. E como tal deve ser tratada.

A OBRIGATORIEDADE DA VACINAÇÃO

Michelle Cristina Vitor Marçal

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, quais sejam: os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos. Entretanto, é importante ressaltar a diferença existente entre os conceitos de direitos e garantias fundamentais. De acordo com Pedro Lenza:

Direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos, preventivamente, ou prontamente os repara, caso violados. (LENZA, 2017, p. 1136 – 1139)

Cabe, também, apontar, a diferenciação entre os direitos humanos, que são aqueles de caráter universal, intertemporal e inviolável, localizados em declarações de direitos, que visam proteger a igualdade, a dignidade e a liberdade, independente de positivação jurídica, e por outro lado os direitos fundamentais, que são aqueles positivados e que estão objetivamente vigentes em uma ordem jurídica. O plano de positivação para diferenciar os dois conceitos apresentados, é citado pelo autor Ingo Wolfgang Sarlet:

O termo ‘direitos fundamentais’ aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guarda relação com os documentos de direito

internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano com tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram à validade universal, revelando inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 2004, p. 417).

O advento do Estado Moderno marca o surgimento dos direitos fundamentais, o processo de positivação destes irá se desenvolver de forma gradual, de acordo com interesses socialmente determinados. Há uma relação interdependente entre Estado, constitucionalismo e direitos fundamentais, que traz uma inevitável e benéfica consequência, a constante mutabilidade da teoria dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, com objetivo de atender os anseios da sociedade, que irão, constantemente, evoluindo ao longo do tempo. Com a mutação das pretensões humanas, surgem novas pretensões de garantias para os direitos fundamentais, exigindo uma constante reforma da teoria referente a esses direitos, como um meio de torná-los adequados aos desejos e interesses apresentados pela sociedade. (MARTINS, 2010). Sobre o tema, preleciona BOBBIO:

Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. (BOBBIO, 1992, p. 18).

No atual contexto pandêmico, no qual realidade social tem demonstrado extrema mutabilidade, o sistema jurídico passa por um processo de reformulação e ruptura de paradigmas, começam a surgir questionamentos a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas. O principal debate tem ocorrido entorno da exigência da vacinação.

A partir da Lei 6.259/1975, regulamentada pelo Decreto 78.231/76, foi estabelecida, no Brasil, a vacinação compulsória relativa a certas doenças. Em seu artigo 27, o decreto estabelece que:

Art. 27. Serão obrigatórias, em todo o território nacional, as vacinações como tal definidas pelo Ministério da Saúde, contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo o Ministério Saúde elaborará relações dos tipos de vacina cuja aplicação será obrigatória em todo o território nacional e em determinadas regiões do País, de acordo com comportamento epidemiológico das doenças. (BRASIL, 1976)

Além disso, o próprio decreto, no parágrafo único do artigo 29, prevê a dispensa do dever de vacinação obrigatória na hipótese de o indivíduo apresentar atestado médico de contraindicação da aplicação da vacina.

Então, a partir da regulamentação estatal dirigida a todos, no sentido de tornar obrigatória a vacinação, o que interfere no campo de escolhas do indivíduo, surge o problema aqui tratado: se a obrigatoriedade da apresentação do comprovante de vacinação viola certos direitos sociais fundamentais ou não.

O MOVIMENTO ANTIVACINA

O tema, historicamente, já causou grande insatisfação popular e, atualmente, crescem os movimentos que resistem à obrigação de se vacinar. O movimento antivacina pode ser considerado tão antigo quanto a própria prática da vacinação e tem se expandido por diversos motivos. Especialistas associam o surgimento do movimento às epidemias de varíola na Idade Média. No Brasil, um marco histórico foi a Revolta da Vacina, ocorrida em 1904, que teve por motivação a insatisfação da população com a campanha de vacinação obrigatória contra a varíola implantada na cidade do Rio de Janeiro por meio de Oswaldo Cruz.

Com o avanço da globalização e dos meios de comunicação, houve uma maior disseminação dos ideais do movimento antivacina, tornando-o mais popular. O infectologista e autor Guido Carlos Levi identificou quatro principais crenças que motivam os grupos antivacina, quais sejam: As religiosas, as filosóficas, o medo de eventos adversos e a orientação médico-profissional (LEVI, 2013, p. 11). Na categoria em que o próprio médico orienta o paciente a não ser imunizado, tal posicionamento pode ser radical, contra qualquer espécie de vacina, ou seletivo, contra algumas imunizações em hipóteses específicas. O posicionamento seletivo, apresenta motivos científicos que levaram à decisão, como a superioridade da imunidade natural – produzida pela própria doença, a indução de autoimunidade pelas vacinas e a sobrecarga antigênica pelos atuais esquemas vacinais. Já o posicionamento radical, se baseia em motivos religiosos ou filosóficos e científicos. Os argumentos científicos radicais são os mesmos apresentados no posicionamento seletivo. Os argumentos religiosos ou filosóficos radicais variam de acordo com a religião adotada, mas normalmente consistem em sermões religiosos que repugnam a prática vacinal ou a ideia de que as doenças foram criadas por Deus e que combatê-las seria um pecado. Deve-se lembrar também que há oposição de grupos não religiosos às imunizações, os principais são: Quiropráticos, Homeopatas, Naturopatas e Antroposóficos.

Além disso, a não vacinação pode se dar por descuido, displicência ou por convicção própria, pelos motivos anteriormente expostos, tanto por parte do médico quanto do indivíduo ou de seus familiares (LEVI, 2013, p. 12). Caso a falta de vacinação seja interpretada como maus-tratos, em tese, o profissional que toma conhecimento da situação, é obrigado a fazer denúncia ao Conselho Tutelar.

Ainda sobre o tema, em 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconheceu a hesitação vacinal como uma das dez ameaças à saúde global. Segundo a organização, esse movimento de recusar a vacinação, mesmo com os imunizantes disponíveis, é uma ameaça, já que pode reverter o progresso feito em doenças que são evitáveis com as vacinas. No mesmo ano desse reconhecimento, o Brasil, pela primeira vez em 25 anos, não atingiu a meta de vacinar 95% do público-alvo em nenhuma das quinze vacinas do calendário anual, fazendo com que o país alcançasse o 5º lugar no ranking mundial de casos de sarampo, somando-se os casos do primeiro semestre de 2020, o Brasil atingiu o 1º lugar do ranking. Por conta da desinformação, que gera a negativa na vacinação, doenças que já estavam praticamente erradicadas no país, estão regressando e gerando um grande número de vítimas fatais.

No mais, de acordo com pronunciamento feito pela OMS no ano de 2020, estima-se que entre 2 e 3 milhões de mortes por ano são evitadas com a vacinação. A Organização ainda garante que esse é um dos investimentos em saúde que oferecem o melhor custo-benefício para as nações, gerando uma economia de 250 milhões de reais ao ano, e caso fosse ampliada, poderia salvar mais de 1,5 milhão de vidas.

Destaca-se, ainda, que em 2020 o Jornal da USP, publicou uma pesquisa, baseada em uma análise feita pelo projeto União Pró-Vacina, apontando que grupos antivacina tradicionalmente conhecidos por disseminarem informações falsas sobre vacinas agora estão mudando o alvo e concentrando-se na doença causada pelo novo coronavírus. Foi feito um acompanhamento do perfil dos grupos durante 07 dias. Nesse período, a média de publicações por dia passou de 30 para 43, um aumento de quase 50%. No mesmo intervalo de tempo houve um

crescimento das publicações que abordavam a covid-19. No total, foram 139 postagens com essa temática (65,3%). A ação desses grupos impacta negativamente as campanhas de vacinação em todo o mundo.

Mas, deve lembrar-se que isso não ocorre somente no Brasil. O movimento antivacina tem crescido em todo o mundo e um de seus princípios basilares é a liberdade individual, que não poderia ser cerceada pela implementação de campanhas de vacinação compulsória.

Essa situação tem se mostrado preocupante e de grande repercussão, pelo que merece a atenção do Direito, uma vez que a vacinação obrigatória atinge a liberdade e a saúde individual do sujeito, enquanto a recusa à vacinação pelo indivíduo ou por seus responsáveis pode gerar riscos à saúde da coletividade, ou seja, pode-se pensar a questão pela perspectiva de um conflito entre direitos individuais e coletivos, ambos, todavia, fundamentais e de natureza muito próxima, o que dificulta, já de início, um consenso sobre eles. (LEVI, 2013).

O DEVER FUNDAMENTAL DA VACINAÇÃO E OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

O desenvolvimento da vacina contra a covid-19 foi uma grande conquista durante a pandemia. Deve-se ressaltar que, as vacinas não isentam os indivíduos de contrair o vírus, mas atuam na prevenção, induzindo a criação de anticorpos por parte do sistema imunológico, reduzindo, dessa forma, a possibilidade de infecção e evitando a evolução para quadros mais graves. Entretanto, cabe lembrar há existência de estudos que comprovam que a vacinação possui eficácia acima de 70%, média exigida pela OMS, e, além disso, pesquisas diárias transmitidas em jornais apontam que a média móvel de mortes e de contaminações diminui proporcionalmente ao aumento da vacinação em determinadas localidades.

Para incentivar a vacinação, os países começaram a adotar diferentes medidas, como impedimento de frequentar determinados lugares, a realização de matrículas em escolas e universidades, e,

alguns casos, multa. No Brasil não foi diferente, com o retorno das atividades presenciais, estabelecimentos comerciais, universidades, casas de shows e eventos públicos e privados passaram a exigir que fosse apresentado o comprovante de vacinação como requisito para frequentar o local. Essa determinação teve grande repercussão nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, discutia-se a inconstitucionalidade da Lei 13.979/2020, que previa a vacinação compulsória contra a covid-19.

O grande debate ocorria em torno do seguinte questionamento: ***Ao tornar obrigatória a apresentação de comprovante de vacinação para exercer certos direitos, como de ir e vir, há violação de direitos sociais como o direito ao trabalho, a educação e ao lazer, por parte do Estado?***

A pergunta supracitada gerou grande discussão e interpretações divergentes a respeito do tema, porém, é majoritária a doutrina que entende que os direitos fundamentais comportam uma dimensão negativa, que exige a não interferência estatal e uma dimensão positiva, onde o Estado deve prover bens públicos relacionados à fruição dos direitos “civis”, ou direitos de liberdade. Isso se aplica, igualmente, também aos direitos sociais, em específico o direito à saúde. Como explica Jorge Reis Novais (2010, p. 128):

Os tradicionais direitos de liberdade também seriam direitos sociais em sentido lato, no sentido de que, por força da sua inserção comunitária, também eles careceriam de uma conformação em grande medida baseada em prestações; de facto, a generalidade dos tradicionais direitos civis e políticos exige igualmente, tal como os direitos sociais, a realização de actuações e prestações estatais positivas, sem as quais ou não podem exercer-se ou não podem ser efectivamente garantidos (por exemplo, não é possível exercer-se o direito de voto sem a organização jurídica, material, institucional, de todo o processo eleitoral). Da mesma forma, e ao invés, também os direitos sociais seriam

de algum modo direitos negativos, uma vez que também deles é possível deduzir obrigações estatais de omissão. Por exemplo, o direito à protecção da saúde envolve necessariamente, da parte do Estado, a obrigação de não atentar contra a saúde dos particulares ou contra o acesso aos cuidados de saúde garantidos aos particulares ou assegurados por eles próprios, com os seus recursos. (NOVAIS, 2010, p. 128)

Em relação aos deveres fundamentais relacionados ao direito à saúde, Sarlet e Figueiredo (2008) apresentam dois argumentos importantes. O primeiro é que tais direitos-deveres podem impor obrigações de carácter originário, é o caso das políticas públicas de implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como o do dever geral de respeito à saúde dos indivíduos; mas também podem impor obrigações derivadas, sempre que houver dependência de legislação infraconstitucional reguladora superveniente, cuja hipótese mais eloquente talvez se encontre na obediência às mais variadas normas em matéria sanitária. O segundo ponto diz respeito à titularidade desses direitos-deveres, uma vez que, embora o Estado seja o titular da maior parte deles, como reiterado pelas expressões usadas no texto constitucional, tal fato “não afasta a eficácia dos deveres de protecção e promoção à saúde entre particulares, especialmente quanto a obrigações derivadas.” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 7).

No tocante ao assunto, o artigo 2º Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, esclarece que: “[o] dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”. Releva destacar que a mesma Lei destina-se à regulação das ações e dos serviços de saúde “executados isolada ou conjuntamente, em carácter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”, indicando que o SUS vincula não apenas o Poder Público, como abrange a atuação da iniciativa privada, assim submetida, ainda que se possa discutir dentro de quais limites, aos mesmos princípios e diretrizes, constitucionais e legais. Para os autores, inclusive, “a noção

de deveres fundamentais conecta-se ao princípio da solidariedade, no sentido de que toda a sociedade é também responsável pela efetivação e proteção do direito à saúde de todos e de cada um” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 7).

Nota-se, então, que há um embate entre o direito coletivo à saúde e o direito relativo às liberdades individuais.

Cabe ressaltar que a saúde, além de objeto de um direito social de segunda dimensão, configura também um dever fundamental, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 196, sendo dever do Estado, assegurado mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças. Nessa esteira, é necessário que tenhamos claro que embora a Carta Política de 1988 defenda o direito de cada cidadão de conservar suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais, uma vez que não há direito humano fundamental que seja absoluto. Se o Estado não garantir a incolumidade da saúde pública por meio da imunização da população (um meio cuja eficácia tem sido cientificamente comprovada, como dito anteriormente), o próprio direito à saúde correria o risco de sucumbir. Portanto, a hipótese é de que o cumprimento do dever de vacinação, bem como as referidas limitações e a obrigação da apresentação do comprovante vacinal, são necessários para que o direito à saúde coletiva seja efetivado.

No ponto, importante registrar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou o entendimento no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas, de que Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados

lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação. *In Verbis*:

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do

novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (ADI 6586)

Foram, então, fixadas as seguintes teses:

I - A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas

de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; II - Tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência. (ADIs 6586 e 6587).

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar. (ARE 1267879)

Em seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do ARE 1267879, destacou que não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros e manifestou-se pela constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária, esteja incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI), tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou tenha sua aplicação determinada pela autoridade competente.

Já o ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a compulsoriedade da realização de vacinação, de forma a assegurar

a proteção à saúde coletiva, é uma obrigação dupla: o Estado tem o dever de fornecer a vacina, e o indivíduo tem de se vacinar.

Ademais, segundo a ministra Rosa Weber, eventuais restrições às liberdades individuais decorrentes da aplicação das medidas legais aos que recusarem a vacina são imposições do próprio complexo constitucional de direitos, que exige medidas efetivas para a proteção à saúde e à vida. “Diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegura o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana”, argumentou.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vacinação é uma prática existente há mais de dois séculos no Brasil e vêm sendo utilizada como política pública de saúde coletiva, para combate e prevenção de doenças infectocontagiosas. A eficácia das vacinas tem sido comprovada por diversos modos ao longo desse tempo, mas isso não impediu o surgimento e nem o avanço dos grupos antivacinas. No caso da vacina contra a Covid-19, mesmo com pesquisas e resultados práticos que demonstram sua eficácia contra o vírus, existe um grande número de pessoas que se opõem à aplicação dessa vacinação e disseminam nas redes informações e notícias falsas que desincentivam à população a se vacinar. Tem-se que esses grupos se motivam, sobretudo por causas religiosas, filosóficas, medo de eventos adversos ou por orientação médico-profissional. A resistência à vacina pode ser total ou parcial e, como apresentado, há indivíduos com diversos níveis de escolaridade que se opõem à imunização obrigatória, não se podendo admitir, portanto, o argumento de que são pessoas meramente desinformadas ou ignorantes.

Diante dessa prática da não vacinação, governos e entidades privadas passaram a adotar medidas restritivas que impedissem os cidadãos de realizarem certos atos que antes eram parte do cotidiano, como ir à escola, ao trabalho ou frequentar certos eventos, tornando a vacinação, de certo modo, obrigatória. No Brasil, há normas que

regulam a vacinação obrigatória, dentre as principais estão: a Lei 6.259/1975 (que institui o Programa Nacional de Imunizações), o Decreto 78.231/1976 (que regulamenta o dispositivo anterior) e a Lei 13.979/2020 (que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019). No tocante à legislação, cabe lembrar o recente entendimento firmado pelo STF no julgamento das ADIs 6586 e 6587 e no ARE 1267879, no sentido de que o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força.

Com todo o exposto, torna-se clara a percepção de que o tema vacinação está em constante tensão, ficando em evidência que o contexto pandêmico atual trouxe uma maior visibilidade para o tema, já que o rápido desenvolvimento das vacinas e as restrições aplicadas geraram grande insegurança para a população. Mesmo estando há 03 anos nesse cenário, ainda é presente o debate se é cabível a obrigatoriedade da vacinação para exercer certos direitos fundamentais, se não haveria uma violação desses direitos. Entretanto, como supracitado, o entendimento majoritário é o de que o direito coletivo deve permanecer em detrimento do direito individual. Então, embora os direitos fundamentais comportem uma dimensão negativa que exige a não interferência estatal, deve-se lembrar que o direito à saúde é uma garantia constitucional, cabendo ao Estado preservar a incolumidade da saúde pública por meio da imunização da população, caso isso não fosse feito, o próprio direito à saúde correria o risco de sucumbir. Portanto, a hipótese é de que o cumprimento do dever de vacinação, bem como as referidas limitações e a obrigação da apresentação do comprovante vacinal, são necessários para que o direito à saúde coletiva seja efetivado.

Desse modo, a conclusão a que se chega é a de que a vacinação trata-se de um direito-dever fundamental, sendo uma forma de exteriorização do direito à saúde, todavia, esse direito-dever é exercido

de forma peculiar, visto que ao se comprovar o alto nível de eficácia da vacinação coletiva, tal prática passou a ser uma exigência para a efetivação do direito fundamental coletivo e individual à saúde. Diante disso, para que a garantia constitucional do direito à saúde seja efetiva em âmbito público, a vacinação deve ser imposta, limitando a dimensão negativa do direito à saúde individual, para que haja garantia do direito à saúde coletiva. Porém, deve-se ressaltar que, embora se trate de um dever fundamental e de uma limitação cabível ao direito à saúde, a imposição vacinal não deve violar as regras e princípios democráticos, inclusive comportando exceções para os casos de indicações médicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3azO2qL>. Acesso em: 15 de maio de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976**. Regula a Lei no 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de vigilância epidemiológica, sobre o programa nacional de imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/343nE7B>. Acesso em: 18 de maio de 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975**. Dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças, e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/2Y41GgO>. Acesso em: 15 de maio de 2022..

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13979.htm. Acesso em 19 de maio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional**. Brasília, 17 de dez de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>. Acesso em 19 de maio de 2022.

CANCIAN, Natália. **1 em cada 4 cidades tem cobertura abaixo da meta em todas vacinas infantis**. Folha de S. Paulo, São Paulo, 5 jul.

2018. Disponível em: <https://bit.ly/31PPZvi>. Acesso em: 17 de maio de 2022.

Dia Mundial da Imunização lembra a importância da vacinação. Hospital São Lucas da PUC-RS. Disponível em: <https://www.hospitalsaolucas.pucrs.br/br/post/noticias/dia-mundial-da-imunizacao-lembra-a-importancia-da-vacinacao>. Acesso em 15 de maio de 2022.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **Vacinação obrigatória: o necessário balanceamento entre o interesse público e o interesse particular.** Disponível em: <https://f5juridico.com/vacinacao-obrigatoria-o-necessario-balanceamento-entre-o-interesse-publico-e-o-interesse-particular/>. Acesso em 18 de maio de 2022.

LEVI, Guido Carlos. **Recusa de vacinas: causas e consequências.** São Paulo: Segmento Farma, 2013.

MARTINS, Thiago Penido M383 e **A eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários.**/ Thiago Penido Martins – Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2010.

RESENDE, José Renato Venâncio; ALVES, Cândice Lisbôa. **A vacinação obrigatória como um dever jurídico decorrente do direito fundamental à saúde.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 65, n. 2, p. 129-148, maio/ago. 2020. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/69582>. Acesso em: 15 de maio de 2022.. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v65i2.69582>.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia.** In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) Crise e desafios da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004a, 415-468p.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008.

Vacina evita 3 milhões de mortes por ano, aponta a OMS. Pró-Saúde, 2021. Disponível em: <https://www.prosaude.org.br/vida-saudavel/vacina-evita-3-milhoes-de-mortes-por-ano-aponta-a-oms/>. Acesso em 19 de maio de 2022.