



**I CONGRESSO DE
DIREITO MÉDICO**

DIREITO MÉDICO E PANDEMIA

ORGANIZADORES:

ISBN: 978-65-86901-39-9

**ALAN KOZYREFF
EDUARDO VIEIRA**



**SOCIEDADE MÉDICA
DE SOROCABA**



**I CONGRESSO DE
DIREITO MÉDICO**

**I CONGRESSO DE
DIREITO MÉDICO**

DIREITO MÉDICO E PANDEMIA

Comitê Editorial

Alan Kozyreff – OAB Sorocaba e UNISO - Universidade de Sorocaba
Eduardo Luis Cruells Vieira - SOCIEDADE MÉDICA DE SOROCABA
Godofredo Borges - PUC-SP
José Carlos Francisco Filho - UNISO
Márcio Roberto Castilho Leme – OAB SOROCABA
Renata Maldonado - FAESB - TATUÍ
Wilson Olegário Campagnone - PUCSP

Dados Internacionais da Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito Médico e Pandemia/Organizadores, Alan Kozyreff,
Eduardo Luis Cruells Vieira. - Campina Grande: Realize
editora, 2021.
81 p. : il.; v. 1.

ISBN 978-65-86901-39-9

1. Covid-19. 2. Direito Médico. 3. Judicialização da saúde.
I. Título.

21. ed. CDD 344.041

Elaborada por Giulianne M. Pereira

CRB 15/714

Sobre o livro

Projeto Gráfico e Editoração: *Jefferson Ricardo Lima Araujo Nunes*



realize
Editora

REALIZE EVENTOS CIENTÍFICOS & EDITORA LTDA.

Rua: Aristίδes Lobo, 331 - São José - Campina Grande-PB | CEP: 58400-384

E-mail: contato@portalrealize.com.br | Telefone: (83) 3322-3222



**I CONGRESSO DE
DIREITO MÉDICO**

ORGANIZADORES:

**ALAN KOZYREFF
EDUARDO VIEIRA**

**I CONGRESSO DE
DIREITO MÉDICO**

DIREITO MÉDICO E PANDEMIA



realize
Editora



Sumário

PREFÁCIO.....	5
<i>Alan Kozyreff</i>	
DIREITO MÉDICO: ADVOGADOS E MÉDICOS DESENVOLVENDO CONHECIMENTOS.....	7
<i>Eduardo Luis Cruells Vieira</i>	
A GARANTIA DO DIREITO A ACOMPANHANTE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 COMO RESPOSTA À SUA HIPERVULNERABILIDADE.....	8
<i>Hilbert Melo Soares Pinto</i> <i>Tanise Zago Thomasi</i>	
TIPO SOCIETÁRIO COOPERATIVA.....	21
<i>Aramis Moutinho Junior</i> <i>Profa. Dra. Leila Dissenha</i>	
TRATAMENTO JURÍDICO DO ALCOOLISMO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	38
<i>Claudio Pedrosa Nunes (UFCG)</i> <i>Renata Gabriele Oliveira Linhares (UFCG)</i>	
A JUDICIALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA COVID-19: UMA ANÁLISE DO CASO DE GUAXUPÉ/MG.....	53
<i>José Albenes Bezerra Júnior</i> <i>Rodrigo Henrique DiasVale</i>	
SELEÇÃO DE PRÉ-EMBRIÃO POR SEXO CROMOSSÔMICO CONFORME A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	68
<i>Carolina Neiva Domingues Vieira de Rezende</i>	

Prefácio

Diálogo. Essa foi a palavra que sempre guiou os trabalhos da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB Sorocaba (24ª subseção).

Em um dos momentos mais tristes de nossa história, com milhões de pessoas que perderam a vida por contaminação do vírus Sars-CoV-2 (causador da Covid-19) e outras milhões de pessoas infectadas, a saúde se tornou um tema central nas discussões do dia a dia e trouxemos diversos debates e pontos de vista, nos eventos virtuais.

O Direito e a Medicina nunca estiveram tão próximos como nos anos de 2020 e 2021 e esta é uma realidade que não irá se alterar, pois definitivamente, a complexidade das relações sociais exige que esses temas caminhem juntos.

O I Congresso de Direito Médico promovido pela OAB Sorocaba e pela Sociedade Médica de Sorocaba teve esse objetivo, ou seja, promover o debate entre advogados, médicos e estudantes sobre uma diversidade de temas.

O médico, professor e ex-presidente da ANVISA Gonzalo Vecina iniciou o evento com uma palestra irretocável sobre a Pandemia e o Futuro do SUS, onde fez um balanço sobre o comportamento do sistema de saúde frente à pandemia e como devemos aprimorá-lo.

Na sequência temas como responsabilidade civil do médico, telemedicina, judicialização da saúde, compliance na medicina e publicidade médica foram amplamente debatidos com a interação de participantes de diversas localidades do Brasil.

No congresso também tivemos a apresentação de artigos científicos, cujos trabalhos navegaram por diversos campos do conhecimento, mas sempre tendo como pano de fundo a saúde e seu envolvimento com o Direito.

Este e-book é o resultado dos artigos selecionados pela Comissão Científica e apresentados durante o congresso, ocasião em que os pesquisadores puderam interagir entre si.

A Ordem dos Advogados do Brasil deve ser sempre uma entidade aberta aos debates de nossa sociedade e, com certeza, isso foi alcançado com o I Congresso do Direito Médico e da Saúde.

Agradecemos à Sociedade Médica de Sorocaba pela organização em conjunto e pela parceria.

Agradecemos ainda a Realize Eventos Científicos pela qualidade da gestão do evento, proporcionando, inclusive, a publicação deste ebook.

Boa leitura.

Alan Kozyreff

Presidente da Comissão de Direito Médico e da Saúde da OAB Sorocaba

Coordenador do Núcleo Sorocaba da Escola Superior da Advocacia.

Professor da Uniso - Universidade de Sorocaba

DIREITO MÉDICO: ADVOGADOS E MÉDICOS DESENVOLVENDO CONHECIMENTOS

O conhecimento jurídico e médico têm aumentado consideravelmente ao longo dos anos e a intersecção entre as ciências da saúde e o direito tornam-se não só inevitáveis como indispensáveis. Muitas são as situações nas quais se faz mister que o advogado consulte um médico para tomar alguma decisão jurídica ou que o médico consulte o advogado para tomar uma decisão médica. Por isso, foi tão bem recebida a iniciativa da Sociedade Médica de Sorocaba, regional da Associação Paulista de Medicina (APM), bem como da 24ª seção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) realizada nos dias 17 e 18 de setembro de 2021 de realizar o I Congresso de Direito Médico.

Em meio à pandemia do COVID-19, que impediu que o encontro fosse presencial, palestras e discussões inéditas, de mais alta qualidade técnica, foram vistas de maneira remota. Temas como a publicidade médica, responsabilidade civil do médico, judicialização da saúde e de como a medicina baseada em evidências (MBE) pode facilitar a tomada de decisões, o uso de tecnologias como a telemedicina e as inovações e os dilemas decorrentes delas, 'compliance' e outros foram expostos de maneira clara e esclarecedoras.

O evento contou também com monografias enviadas pelos participantes, que estão compiladas neste e-book, que graças à colaboração da empresa de eventos Enova, chega às mãos (ou à rede mundial de computadores) de todos os interessados. O assunto da Pandemia e Direito Médico, tema do evento é apresentado neste livro cibernético pela contribuição dos participantes.

Um evento com essa magnitude e escopo, especialmente quando existem tantos outros com temas semelhantes surpreendeu a todos não só pelo interesse de advogados e médicos, mas pelos pedidos de que o mesmo se repita nos anos vindouros.

Devo agradecer a todos os participantes e palestrantes, certo de que não só este e-book será o primeiro, haja vista que outros haverão de vir, bem como os congressos de direito médico que se sucederão desta parceria feliz entre a Sociedade Médica-APM e a 24ª subseção da OAB.

Eduardo Luis Cruells Vieira,

Presidente da Sociedade Médica de Sorocaba, regional da Associação Paulista de Medicina (APM)

A GARANTIA DO DIREITO A ACOMPANHANTE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 COMO RESPOSTA À SUA HIPERVULNERABILIDADE

Hilbert Melo Soares Pinto¹

Tanise Zago Thomasi²

Resumo

Este trabalho analisa o direito a acompanhante das pessoas com deficiência sob internação ou observação nos hospitais durante a pandemia de COVID-19. A partir de estudos bioéticos e filosóficos, demonstra-se o estado de vulnerabilidade ontológica e social em que se encontram as pessoas com deficiência, e como, no momento pandêmico, essa situação se intensificou, a exigir medidas garantistas do Estado Democrático de Direito. Em seguida, através de abordagem indutiva, avalia-se se o Brasil vem atuando com a necessária perspectiva garantidora através da produção legislativa de suas casas legislativas. Constata-se que, desde o começo da pandemia, apenas o projeto de lei nº 2551 de 2020, da Câmara dos Deputados, se propõe a assegurar que as unidades de saúde permitam que as pessoas com deficiência estejam com terceiros de sua confiança, ainda que em estado de calamidade pública, sítio, defesa ou emergência. No entanto, ao verificar a sua tramitação, percebe-se que, até hoje, não houve o sancionamento do projeto, enquanto a pandemia já se arrasta a quase dois anos. Ao final, conclui-se que é necessário atribuir maior rapidez e engajamento no trâmite de elaboração das garantias legais destinadas aos grupos mais vulneráveis nesse momento de calamidade.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência, Vulnerabilidade, Direito a Acompanhante, Pandemia de COVID-19.

1 Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, hilbmelo@gmail.com;

2 Professora adjunta na Universidade Federal de Sergipe e Doutora em Direito pelo Centro Universitário de Brasília; tanisethomasi@gmail.com;

Introdução

A pandemia do COVID-19 instaurou um caótico cenário global que vem repercutindo drasticamente em todas as camadas da sociedade. Além do risco natural de lesões e morte ao qual todas as pessoas estão propensas, sendo afetada a economia, o sistema de saúde, e o funcionamento dos serviços públicos em geral, amplificaram-se as vulnerabilidades nesse novo panorama. As pessoas com deficiência, ainda mais vulneráveis em face das circunstâncias sociais, econômicas e culturais que já lhes contornam, têm sido intensamente atormentadas nesse contexto. Pode-se dizer, portanto, que, neste momento, esse grupo se encontra em situação de *hipervulnerabilidade*, merecendo intenso engajamento e cuidado por parte do Estado Democrático de Direito.

Se o reconhecimento da vulnerabilidade, impõe a adoção de medidas e garantias estatais que possam reduzir os impedimentos contextuais que comprometem a inclusão e plenitude de um determinado grupo social, a *hipervulnerabilidade*, causada por circunstância superveniente, exige ainda maior cuidado do Estado, de modo a mitigar os prejuízos inevitavelmente desencadeados à vida dessas pessoas.

O surto pandêmico de COVID-19, portanto, impõe que o Poder Público dobre sua atenção para os grupos vulneráveis, entre eles as pessoas com deficiência, com o intuito de dispor de medidas garantistas que efetivamente assegurem seus direitos fundamentais, especialmente o direito à saúde, extremamente sensível aos problemas derivados dessa calamidade.

Um dos dilemas que surgiu a partir da pandemia foi a restrição da presença de acompanhantes das pessoas internadas ou em observação médica pelas unidades hospitalares, como forma de reduzir a probabilidade de contágio do coronavírus. O impasse é ainda mais polêmico quando se trata justamente de determinadas pessoas com deficiência que, em razão de certos impedimentos, necessitam de acompanhamento constante de cuidador, familiar ou terceiro de sua confiança, sob pena de não poderem exercer a sua capacidade de decisão e autonomia.

Em razão desse problema que tem se apresentado às instituições médicas, este trabalho analisa se o Estado Brasileiro, no plano legislativo, tem atuado com o necessário cuidado para com as pessoas com deficiência, dispondo de garantias legais que salvaguardem o seu direito a acompanhante, como meio de assegurar a sua a autonomia e, portanto, a sua dignidade humana.

Especificamente, a pesquisa objetiva analisar como as pessoas com deficiência normalmente tem se situado em uma moldura social, econômica, política e cultural de vulnerabilidade. Além disso, busca verificar como a pandemia de COVID-19 catalisa essa situação de vulnerabilidade, colocando-as em extrema necessidade de cuidado, inclusive no ambiente sanitário. Nesse sentido, pretende demonstrar a postura estatal constitucional que se exige em face do problema do direito a acompanhante, e, principalmente, se o Brasil tem efetivamente assumido essa responsabilidade através do Poder Legislativo.

Metodologia

Para alcançar os referidos objetivos, optou-se por realizar uma pesquisa de caráter qualitativo. Em um primeiro momento, por meio de revisão bibliográfica, faz-se uma análise teórica acerca das concepções de vulnerabilidade, interligando-as com a perspectiva solidária e garantista do Estado desenvolvida por Luigi Ferrajoli. A partir desses aportes, articula-se esse constructo bioético com o contexto particular das pessoas com deficiência diante dos efeitos da pandemia e das medidas governamentais adotadas em seu combate.

Munido desse repertório teórico-conceitual, através de abordagem indutiva, para avaliar se o Estado Brasileiro vem atuando com a perspectiva garantidora que se faz necessária em face da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, examinou-se a produção legislativa das duas casas legislativas sobre o direito a acompanhante das pessoas com deficiência sob intersetoriação ou observação durante a pandemia de COVID-19.

Para a análise qualitativa desse conteúdo, foi utilizado o portal eletrônico de consulta de proposições legislativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, disponíveis, respectivamente, nos sites: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaSimplificada> e <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/legislacao>, aplicando, como filtro para a pesquisa, as seguintes palavras-chave: “direito a acompanhante”, e “pandemia”.

Referencial teórico

Existe uma amplitude muito maior do que se costuma pensar na corriqueira afirmação de que as pessoas com deficiência são vulneráveis.

Vulnerabilidade não significa a condição individual de fragilidade ou suscetibilidade do sujeito que a possui. Na realidade, esse termo, articulado principalmente em estudos filosóficos e bioéticos, expressa exatamente o contrário; a vulnerabilidade decorre das condições sociais externas que se apresentam ao indivíduo. Se alguém é vulnerável, ou até *hipervulnerável*³, o é porque a sociedade moldou, para ele, um cenário de intensa propensão aos riscos da vida.

A ideia de vulnerabilidade pode ser pensada sob duas facetas: a ontológica ou antropológica e a particular ou social. A primeira está relacionada à própria natureza humana e, portanto, se pressupõe em todas as pessoas; e a segunda, ao contexto social particular, estreitando-se, por conseguinte, em determinados indivíduos que sofrem influências de condições econômicas, culturais, políticas e sociais específicas.

A vulnerabilidade ontológica possibilita a compreensão de que todas as pessoas estão sujeitas, a todo o tempo, aos riscos adversos, naturais ou artificiais, os quais podem até ser mitigados, porém nunca eliminados inteiramente, como é o caso das doenças epidêmicas, os vírus resistentes e demais catástrofes biológicas (FINEMAN, 2008). Esta condição decorre da própria natureza humana e do inevitável relacionamento a ser estabelecido (RE, 2019).

As composições em coletividade, porém, possibilitam o surgimento das chamadas vulnerabilidades particulares ou sociais, ou seja, produzidas socialmente. Isso quer dizer que a vulnerabilidade ontológica acaba sendo mais fortemente experienciada por aqueles indivíduos que se encontram em delicada situação social e econômica. A depender da quantidade e qualidade de recursos que se possui em determinado contexto, o grau de vulnerabilidade experimentado pode ser completamente peculiar a uma pessoa, ou seja, pode se distinguir da média da sociedade (FINEMAN, 2008).

A vulnerabilidade, portanto, é característica das sociedades nutridas pela estrutura liberal – ou neoliberal –, onde as constantes desigualdades são fatores de intensificação da suscetibilidade a riscos de certas pessoas. Nessa formatação, é posta em prática a igualdade meramente formal, que acaba por rejeitar – ou eclipsar – os desarranjos sociais, sugerindo-se

3 *Hipervulnerável* no sentido superlativo do termo: extremamente vulnerável; muito mais vulnerável do que se costuma ser.

que as desuniformidades são inevitáveis, porque superariam as forças do Direito e do Estado (FINEMAN, 2008; RE, 2019).

A partir da ideia de vulnerabilidade, pode-se então admitir que certos grupos de indivíduos são afetados pela estrutura social geradora de desigualdades, e, por esse reconhecimento, perceber cabe ao Estado desenvolver mecanismos de enfrentamento dessas situações de lesão em que já se encontram (FEITO, 2008), tais como a redistribuição de capital e a criação de instituições de relacionamentos, como associações engajadas na promoção desses vulneráveis (FINEMAN, 2008).

Frente à vulnerabilidade, é preciso reformatar a perspectiva estatal para assumir o paradigma do Estado Constitucional de Direito, onde não vigore a concepção *paleopositivista* dos teóricos tradicionais, segundo a qual o *ser* se reduz ao *dever ser*. Faz-se necessário investir num modelo garantista, isto é, calcado em garantias para a real concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, notadamente para aqueles mais frágeis, isto é, mais vulneráveis (FERRAJOLI, 1999).

De acordo com Luigi Ferrajoli, um sistema de garantias impõe o reconhecimento de que, ainda que a igualdade seja um princípio normativo (*dever ser*), *diferenças* existem no plano fático (*ser*) e devem ser respondidas justamente por direitos e instrumentos em favor dos *diferentes*, isto é, todas aquelas pessoas não identificadas como homens, brancos, cidadãos, alfabetizados e proprietários (FERRAJOLI, 1999).

Os *diferentes* são os seres vulneráveis que sofrem discriminações por força de obstáculos insertos na estrutura social, econômica, política e cultural. Como forma de remover tais discriminações, portanto, é preciso elaborar garantias, como política democrática de direito. As garantias são o *remédio* para *curar* a vulnerabilidade particular (FERRAJOLI, 1999).

Esse *remédio* não é fornecido satisfatoriamente pela postura abstencionista do Estado, como fora no Estado Liberal. Isso porque os direitos sociais estabelecidos não se dão por garantidos do mesmo modo que os direitos de liberdade, cujas expectativas para o Poder Público são negativas, representando deveres de não fazer (proibições). Ao contrário, os direitos sociais impõem exatamente obrigações de fazer (FERRAJOLI, 1999).

Como desdobramento do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento jurídico- constitucional da dignidade da pessoa humana, pedra angular dos direitos fundamentais, implica, para além da perspectiva

abstencionista, a tomada de medidas positivas (prestações) pelas instituições governamentais (SARLET, 2011).

Sob essa perspectiva, as pessoas com deficiência podem ser vistas sem dificuldades como ontológica e socialmente vulneráveis, na medida em que o *modelo social de abordagem das deficiências*⁴ confirma que existem diversas barreiras firmadas nos espaços sociais e institucionais que impedem o seu desenvolvimento e inclusão em condições de igualdade, como se depreende do Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

A pandemia de COVID-19, porém, desenhou um inédito cenário em que a percepção dessa vulnerabilidade e a atuação política regularmente adotada pelo Estado não se fazem suficientes para remediar os severos danos aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. O isolamento social, a paralisação de atividades econômicas, o risco de contágio a dificultar as práticas de cuidado, o desemprego, a insuficiência do sistema de saúde, entre outros reflexos desse momento, foram naturalmente mais sentidos pelas minorias, incluindo esses indivíduos (DANTAS, 2020).

O cenário caótico instalado no mundo a partir do ano passado colocou as pessoas com deficiência, já tão fragilizadas pelo contexto social herdado da história, em uma situação ainda mais delicada, e passou a exigir do Poder Público intensos esforços no sentido de dispor de urgentes garantias para o sofreamento dos impactos sobre os direitos fundamentais desse grupo.

Se a vulnerabilidade social já reclama forte atuação do Estado e das instituições sociais, tendo verificado o aumento das adversidades experienciadas pelas pessoas com deficiência, faz-se necessário maior engajamento do Poder Público. Ao funcionalizar a solidariedade e a dignidade humana, somente com as autênticas feições do Estado Democrático de Direito, por excelência garantista, é possível desestimular e até mesmo extirpar as vulnerabilidades derivadas destes tempos tão difíceis de pandemia (OLIVEIRA JUNIOR; SOARES, 2020).

4 Trata-se de uma forma de percepção da deficiência que vê a lesão ou doença para além da condição subjetivado indivíduo, confrontando-a com as condições de que dispõe a sociedade para lidar com ela (DINIZ, 2012).

Resultados e discussão

A pandemia de COVID-19, tendo causado até então a morte mais de quatro milhões de pessoas⁵, ratifica a compreensão de que todas as pessoas são vulneráveis pelo simples fato de serem pessoas e estarem sob condições constantes de risco de sofrer o contágio, lesões ou até a morte.

No entanto, no contexto de pandemia viral, a vulnerabilidade é acentuada por fatores particulares de cunho social, econômico, cultural e, notadamente, pela propensão a desenvolver quadros graves da doença, em função de comorbidade. Segundo estudo brasileiro, adultos com menor escolaridade são ainda mais vulneráveis às complicações decorrentes da doença, quando comparados a adultos com nível superior completo. Integram também esse *grupo de risco* para o COVID-19, idosos, pessoas com doenças crônicas, obesos e fumantes (REZENDE *et al*, 2020).

As pessoas com deficiência, além de integrarem o grupo de risco por conta das comorbidades, enquadram-se em um contexto ainda mais problemático, visto que a sua vida prática e social normalmente é contornada por fatores desfavoráveis e, por outro lado, exige o cuidado de outras pessoas. Algumas pessoas com deficiência precisam de auxílio para o deslocamento ou acompanhamento de cuidadores para atividades cotidianas. As pessoas com deficiência visual, por exemplo, necessitam de apalpar parede e mesa, entre outros objetos, para se guiar e se locomover. Tudo isso representa uma maior dificuldade para lidar com o combate ao vírus, assim como proteger a saúde e a vida dessas minorias.

As orientações de isolamento e quarentena⁶, inclusive, acabam tornando ainda mais complicada a situação dessas pessoas, na medida em que as afasta das práticas de cuidado que lhes são necessárias. Embora bastante importantes para conter a disseminação do vírus, para a rotina e

5 Dados disponíveis em: <https://news.google.com/covid19/map?hl=pt-BR&mid=%2Fm%2F02j71&gl=BR&ceid=BR%3Apt-419>. Acesso em: 25 ago. 2021.

6 Em razão de sua alta transmissibilidade e considerável letalidade do COVID-19, logo nos primeiros meses do alastramento do vírus pelo país, o Governo Federal, através da Portaria nº 356 de 11 de março de 2020 estabeleceu, como medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, o isolamento social e a quarentena (BRASIL, 2020).

o desenvolvimento das pessoas com deficiência, tais orientações possuem impactos e efeitos significativamente adversos⁷.

Por essas e outras razões que somente as próprias pessoas com deficiência podem relatar, conclui-se que, neste difícil momento, elas sofrem de *hipervulnerabilidade*, estando mais suscetíveis aos danos por conta das circunstâncias sociais, econômicas, culturais e políticas que naturalmente já lhes permeiam e, sobretudo, porque, na pandemia, vários obstáculos têm se acrescentado às barreiras que dificultam a sua inclusão social e o seu desenvolvimento pessoal.

Nos hospitais, coloca-se, aos profissionais de saúde e gestores estatais, a questão de permitir ou não que as pessoas com deficiência sejam acompanhadas por cuidadores, familiares ou terceiros de sua confiança quando estiverem internadas ou sob observação médica. Se por um lado existe a razoabilidade de proteger o direito à saúde da coletividade, por outro, determinados tipos de deficiência tornam indispensável a presença de terceiros apoiadores que facilitem a compreensão do que está acontecendo no ambiente médico e, inclusive, viabilizem a tomada de decisão diante de alguma situação concreta.

A Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146), a propósito, em seu artigo 22, garante o direito a acompanhante às pessoas com deficiência nos hospitais, mas permite que isto lhe seja impossibilitado por profissional de saúde, desde que registre justificativa para tanto e supra a ausência por outros meios⁸ (BRASIL, 2015). A referida legislação, dessa forma, deixou

7 Em reportagem, leska Tubaldini Labão Faria, cadeirante em razão da Amiotrofia Muscular Espinhal, relata os prejuízos de não estar sendo assistida por sua fisioterapeuta. Ela explica que quanto menos se movimenta, mais rápido perde os movimentos corporais. Outra informação que leska concede à entrevista é que as pessoas não lhes estão oferecendo mais ajuda no dia a dia por conta das orientações de distanciamento social físico, o que compromete a mobilidade de pessoas com alguns tipos de deficiência. A cadeirante também denuncia que, apesar de terem legalmente prioridade no acesso a serviços de saúde, as pessoas com deficiência não têm recebido atendimento preferencial quando apresentam sintomas de coronavírus (MODELLI, 2020).

8 Art. 22. À pessoa com deficiência internada ou em observação é assegurado o direito a acompanhante ou a atendente pessoal, devendo o órgão ou a instituição de saúde proporcionar condições adequadas para sua permanência em tempo integral.
§ 1º Na impossibilidade de permanência do acompanhante ou do atendente pessoal junto à pessoa com deficiência, cabe ao profissional de saúde responsável pelo tratamento justificá-la por escrito.

de abordar a situação de pandemia: este seria um motivo que impossibilite a presença de acompanhante para as pessoas com deficiência?

A pandemia de COVID-19 exige que os médicos e demais agentes de saúde saibam lidar com a necessidade das pessoas com deficiência que precisem ser internadas ou fiquem sob observação. A capacidade de decisão e a autonomia desses indivíduos, que somente foram conquistadas no plano legislativo a partir do Estatuto de 2015, evidentemente, merecem atenção especial por parte do Poder Público, para que não fiquem à mercê de juízos arbitrários durante esta emergência sanitária.

Em consulta à atividade legislativa produzida pelas duas casas legislativas nesse intervalo pandêmico, pode-se constatar que apenas 01 (uma) proposta que versa sobre o direito a acompanhante para as pessoas com deficiência, o projeto de lei (PL) nº 2551 de 2020 da Câmara dos Deputados.

O PL 2551 visa alterar justamente o art. 22 da Lei Brasileira de Inclusão, para acrescentar o § 3º, de modo a assegurar, sem exceções, que todas as unidades de saúde permitam que a pessoa com deficiência internada ou em observação seja acompanhada, ainda que decretado o estado de calamidade pública, sítio, defesa ou emergência (BRASIL, 2020).

O Deputado Coronel Armando, autor do projeto, exemplifica que a pessoa com autismo se irrita facilmente diante de situações de toque física, barulhos, luminosidade, cheiros e texturas, de maneira que é imprescindível que ela seja acompanhada por pessoa conhecida e de sua confiança nas unidades hospitalares (BRASIL, 2020).

A pretensão do legislador, nesse ponto, se mostra fiel a abordagem social da deficiência, na medida em que salvaguarda a autonomia dessas pessoas e impede que elas sejam alvo de discricionariedades no âmbito das relações médico-paciente, como já tanto fora ao longo da história (FOUCAULT, 2019). Seus acompanhantes, nas unidades hospitalares, podem lhes fornecer os elementos e informações necessários para a compreensão do que se coloca em questão a respeito de sua saúde e, com isso, possam decidir qual, a partir do suporte médico, qual o melhor tratamento para si mesmo.

§ 2º Na ocorrência da impossibilidade prevista no § 1º deste artigo, o órgão ou a instituição de saúde deve adotar as providências cabíveis para suprir a ausência do acompanhante ou do atendente pessoal.

A restrição desse direito, na prática, embora possam ser razoáveis as justificativas para tanto neste momento de calamidade, podem anular completamente a capacidade e autonomia das pessoas com deficiência, razão pela qual a proposta legislativa concebida pela Câmara dos Deputados mostra-se acertada, prudente e afinada com a proteção da dignidade humana dessa minoria.

Acontece que, ao verificar a tramitação do único projeto de lei (2551/2020) que se propõe a responder aos riscos ao direito a acompanhante das pessoas com deficiência, percebe-se que, embora apresentado em maio de 2020, até hoje, não houve sancionamento, estando, o processo legislativo que o impulsiona, ainda nas comissões, enquanto a pandemia já se arrasta a mais de um ano e meio.

Portanto, apesar da pertinência e urgência dessa garantia que muito bem lidaria com a *hipervulnerabilidade* das pessoas com deficiência nestes tempos de pandemia de COVID-19, percebe-se que o Poder Legislativo não vem lhe dando a atenção merecida, fazendo com que persista a lacuna normativa, a possibilitar prejuízos a esse grupo de sujeitos.

Enquanto o projeto de lei não entre efetivamente em vigor, considerando a premência do seu objeto, é interessante que sejam tomadas algumas medidas profiláticas, como a publicação de resoluções ou notas técnicas que orientem os profissionais de saúde a permitirem o direito a acompanhante às pessoas com deficiência⁹.

Considerações finais

As pessoas com deficiência tiveram sua vulnerabilidade acentuada pelo cenário desenhado pela pandemia de COVID-19, à medida que os obstáculos sociais, econômicos, culturais e históricos foram acrescentados de novos problemas decorrentes dos meios adotados para o combate à disseminação do vírus. As restrições ao direito de acompanhante revelam que é preciso um tratamento diferenciado condizente com o vetor principiológico da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão).

9 Assim procedeu o Governo do Estado de São Paulo através de suas secretarias estaduais. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/governo-de-sp-garante-acompanhante-as-pessoas-com-deficiencia-internadas-com-covid-19/>. Acesso em: 15 ago. 2021.

Por estarem *hipervulneráveis* durante a emergência sanitária, faz-se necessária uma forte atuação do Estado, enquanto democrático e de direito, a fim de minimizar os fatores prejudiciais e amparar os direitos fundamentais desse grupo de indivíduos. É imprescindível a elaboração de garantias com vistas à efetivação de direitos sociais, cujo modo de implementação se diferencia daquele referente aos direitos de liberdade.

Nas unidades hospitalares, as pessoas com deficiência não podem ser privadas do acompanhamento de cuidadores, familiares, amigos ou qualquer terceiro de sua confiança, pois estes últimos são indispensáveis para o exercício de sua capacidade e autonomia e, portanto, para a tomada de decisão que a situação possa exigir. Sem esse apoio, possibilita-se a incompreensão das circunstâncias, colocando as pessoas com deficiência à margem de juízos arbitrários.

Em face desse risco, coube ao Estado dispor de mecanismos que protegessem o direito a acompanhante desses sujeitos, como reconheceu a Câmara dos Deputados. Entretanto, esta pesquisa identificou que apenas uma proposta foi esboçada no âmbito legislativo, o projeto de lei nº 2551/2020, o qual ainda se encontra em processamento, enquanto os efeitos da pandemia continuam severos e constantes.

Trata-se de uma garantia legislativa satisfatoriamente útil a contornar o problema que tem se apresentado aos direitos das pessoas com deficiência no cotidiano das redes de saúde públicas e privadas, mas que, pelo que se constatou, não recebeu maiores esforços e cuidados por parte do poder público.

Portanto, durante esse período de pandemia, os direitos das pessoas com deficiência internadas ou sob observação médica permanecem extremamente sensíveis a danos, razão pela qual é necessário atribuir maior rapidez e engajamento no trâmite de elaboração das referidas garantias legais. Paralelamente, também é oportuna a realização de pesquisas que constatarem empiricamente como os profissionais de saúde têm atuado na prática, para uma análise integral e que confronte tais dados com o cenário normativo atual.

Referências

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: <http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Portaria nº 356, de 11 de março de 2020. **Dispõe sobre a regulamentação e operacionalização do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que estabelece as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19)**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, [2020]. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 2551/2020. **Altera o Artigo 22 e inclui um parágrafo à Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que “institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)”**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Autores: Coronel Armando (PSL/SC), General Girão (PSL/RN) e outros. Apresentação: 11 maio 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2252117>. Acesso em: 15 ago. 2021.

DINIZ, Debora. O que é deficiência. São Paulo: **Brasiliense**, 2012.

DANTAS, Miguel Calmon. Constituição Minoritária e COVID-19. In: BAHIA, Saulo José Casali (Org.). Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. São Paulo: **Editora Iasp**, 2020.

FEITO, Lydia. Vulnerabilidad. **An Sist Sanit Navar**. Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías – la ley del más débil. Madrid: **Editorial Trotta**, 1999.

FOUCAULT, Michel. História da Loucura na Idade Clássica. 12. ed. São Paulo: **Perspectiva**, 2019.

FINEMAN, Martha Albertson. The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition. **Yale Journal of Law & Feminism**, v. 20, n. 1, 2008.

MARQUES, Brenda. Pessoas com deficiência têm 3 vezes mais risco de contrair coronavírus, **R7**, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://noticias.r7.com/saude/pessoas-com-deficiencia-tem-3-vezes-mais-risco-de-contrair-coronavirus-13042020>. Acesso em: 11 jul. 2020.

MODELLI, Laís. 4 pessoas com deficiência relatam a rotina nos tempos de Covid-19: 'Preciso tocar nas coisas e nas pessoas para me situar'. **G1**, Rio de Janeiro, RJ, 4 maio 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/05/04/4-pessoas-com-deficiencia-relatam-a-rotina-nos-tempos-de-covid-19-preciso-tocar-nas-coisas-e-nas-pessoas-para-me-situvar.ghtml>. Acesso em: 11 jul. 2020.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de; SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. O Estado Constitucional Solidarista e a Pandemia de COVID-19: Breves Lineamentos. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (Org.). Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. São Paulo: **Editora Iasp**, 2020.

RE, Lucia. Vulnerability, Care and the Constitutional State. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, p. 314-326, Unisinos, 2019.

REZENDE, Leandro F. M.; THOME, Beatriz; SCHVEITZER, Mariana Cabral; SOUZA- JÚNIOR, Paulo Roberto Borges de; SZWARCOWALD, Célia Landmann. Adults at high-risk of severe coronavirus disease-2019 (Covid-19) in Brazil. **Revista de Saúde Pública (RSP)**, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal in *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2011.

TIPO SOCIETÁRIO COOPERATIVA

*Aramis Moutinho Junior*¹

*Profa. Dra. Leila Dissenha*²

Resumo

O presente trabalho teve por objetivo analisar e identificar a percepção dos dirigentes das sociedades cooperativas paulistas, nos processos decisórios da gestão de empresas de tipo societário Cooperativa dentro do Estado de São Paulo, comparativamente à sociedade empresária S/A (sociedade por ações). Tais organizações mercantis (cooperativas) apresentam diferenças peculiares em relação às demais sociedades mercantis existentes no mercado brasileiro: sendo as empresas cooperativas uma sociedade de pessoas, e não de capital, como as demais opções de sociedades mercantis, dessa forma, seus sócios, chamados de cooperados ou associados, exercem simultaneamente sua característica “dual”, ou seja, os sócios das cooperativas são proprietários/donos, clientes/fornecedores e ainda, às vezes, até trabalham como empregados celetistas, com o consequente estabelecimento de relações comerciais e econômicas de diferentes naturezas. No arcabouço jurídico brasileiro, existem vários modelos societários para constituição de empresas/organizações em que os empresários podem optar para iniciar ou aderir a um empreendimento mercantil, desenvolvimento de operações empresariais no mercado em geral, nesse contexto, estudo apresentado nesta pesquisa procurou identificar qual a percepção dos dirigentes/diretores/conselheiros quanto às diferenças entre dois dos diversos tipos societários existentes no mercado brasileiro, no caso, os tipos societários “Cooperativa” e “S/A” (sociedade por ações), e se o modelo escolhido afeta ou não os processos decisórios na gestão das sociedades cooperativas. Concluiu-se que a percepção desses dirigentes de cooperativas paulistas, na questão sobre

1 Mestre em Gestão de Sociedades Cooperativas pela PUC-PR – aramis.moutinho@ig.com.br;

2 Orientadora do curso de Gestão de Sociedades Cooperativas pela PUC-PR – leilaandressa@yahoo.com.br.

tipos societários, não está muito clara entre dirigentes e demais cooperados, porém os processos decisórios acabam por ocorrer de forma diversificada exatamente pelas diferenças societárias e características operacionais.

Palavras-chave: Cooperativa, Gestão de Cooperativas, Direito Cooperativo, Sociedades Mercantis e Sociedades por Ações.

Introdução

O cooperativismo e as formas de cooperação, ajuda mútua, são algo de muito antigo na história. Existem inúmeros registros sobre a cooperação e a associação solidária desde a Pré-história, com os povos indígenas ou em civilizações antigas. Gayotto (1976, p. 6) descreve em seu trabalho algumas dessas formas primitivas de cooperação:

Em Erivan (Armênia), nas proximidades do Monte Arafat, que foi, segundo o texto bíblico o berço da humanidade, funciona ainda hoje uma forma particular de leiteria cooperativa, que data dos tempos pré-históricos. As mulheres armênias, que se ocupam da produção dos artigos de alimentação formam, para a fabricação de queijos, uma espécie de cooperativa cuja finalidade é economizar, na medida do possível, o combustível tão raro na Armênia.

Cooperação não é uma novidade. Em todas as sociedades, das mais primitivas às mais modernas, a cooperação aparece ao lado de dois outros processos sociais em que os indivíduos e grupos são envolvidos simultaneamente: o conflito e a competição. A organização social de qualquer comunidade ou sociedade reflete o equilíbrio que se processa entre essas forças. Mas a forma pela qual esses processos sociais se apresentam em diferentes sociedades é afetada pela cultura e pelo tipo de organização econômica dominante. Portanto, cooperação é uma das palavras das mais utilizadas nos dias de hoje. Comenta-se de cooperação entre países, entre empresas, entre instituições das mais diversas, entre pessoas, pois acredita-se que melhores resultados são possíveis de serem alcançados, atuando coletivamente, em acordos ou ações conjuntas, ao invés de atuarmos isoladamente.

Os dicionários definem a Cooperação como “a associação de um determinado número de pessoas que visam um benefício comum por meio de uma ação coletiva, ação essa que pode ocorrer em processos empresariais, industriais ou comunitários visando a produção de produtos ou serviços.

De acordo com Rolf Eschenburg³ (1983) e no âmbito da Teoria da Cooperação, o conceito de cooperação é utilizado como conceito de

3 Eschenburg, R. Cooperação e organização da suprema vontade. In: BOETTCHER, E. (Org) **Problemas de direção em cooperativas**. Florianópolis: UFSC/Assocene, 1983.

ação, e como conceito institucional. No conceito de ação a cooperação é a ação consciente de unidades econômicas (pessoas físicas ou jurídicas) para um objetivo comum, sendo as atividades individuais dos participantes coordenadas através de negociação e acordo. Neste conceito, alcançar os resultados individuais só será possível se houver um comportamento mútuo ajustado e claramente entendido de várias pessoas.

Como conceito institucional Cooperação se refere a uma instituição ou organização, que é denominada (batizada) cooperativista. Esse tipo de organização, está baseada essencialmente no livre acordo de vontades individuais para alcançar objetivos de melhora econômica e social. Alcançar esses objetivos ocorre por meio de uma organização relativamente complexa de gestão e de planejamento voltada, por um lado, para as questões econômicas da produção e de mercado, e por outro, para melhoria das condições de vida e, sobretudo, para a educação e a solidariedade.

Dentro do conceito institucional e concretizada na forma organizacional cooperativa, a Cooperação não é somente um agrupamento humano formado a partir de boas intenções e vontades. A cooperativa é, também, dependente do conjunto de meios materiais e financeiros em torno dos quais se dará a reorganização das relações de produção.

Após inúmeras experiências cooperativas pelo mundo todo, em diversas épocas, quase todas sem a rotulação societária COOPERTIVA, na América do Norte nos Estados Unidos, ocorreram várias tentativas de organizações empresariais cooperativas, chamadas Falanstérios idealizadas pelo filósofo Francês Charliés Fourier, que colocou “o mal de que sofre o homem, sobretudo quanto às suas condições de vida, consiste na ausência de liberdade econômica, embora, por estranha ironia, seja em nome desta liberdade que defenda o estado social existente” (HUGON, 1970, p.175). Na Europa também ocorreram algumas tentativas de organizações cooperativas, da mesma forma das tentativas americanas sem sucesso, até mesmo em 1.833, no berço do cooperativismo moderno, uma tentativa de sociedade cooperativa, não conseguiu êxito.

Ao final do XVIII e início do século XIX, o continente europeu passa pela chamada Revolução Industrial e está sob a concepção do liberalismo econômico dos autores clássicos. A escola clássica tem um de seus principais autores em Adam Smith, que, em seu trabalho, coloca: “Ao buscar a satisfação de seu interesse particular, o indivíduo atende frequentemente ao interesse da sociedade de modo muito mais eficaz do que se

pretendesse realmente defendê-lo” (SMITH apud HUGON, 1970, p.110) Pinho (1977, p. 4) descreve claramente o que ocorria nessa época ao dizer:

Assim, ao invés da harmonia entre os interesses do indivíduo e os da sociedade, os fatos colocaram em relevo, de forma chocante, sua oposição: enquanto uma minoria de empresários se enriquecia, graças sobretudo à alta produtividade das máquinas e aos baixos salários pagos à mão de obra, os trabalhadores passavam fome.

Numa realidade de pobreza e exploração do trabalho, onde crianças e mulheres grávidas trabalhavam até 17 horas diárias, passavam fome e sem contar com benefícios sociais, desemprego e miséria, leva alguns pensadores econômicos a se revoltarem. Surgem, então, alguns pensadores diferenciados, preocupados com a situação social, aliados a revolta com a propriedade privada e a livre concorrência, naquele momento dariam origem a um particular grupo socialista, chamados utópicos. Assim, a cooperação e o próprio cooperativismo são discutidos, por uma linha determinada de pensadores econômicos, os socialistas chamados de utópicos, e entre esses os associacionistas. Os socialistas associacionistas procuram substituir a livre concorrência no mercado, a qual seria a responsável pela má repartição das riquezas, sem prejudicar ou suprimir, contudo, a liberdade dos agentes.

Robert Owen é considerado o precursor do cooperativismo moderno – muitas de suas ideias serão evidenciadas nos estatutos dos pioneiros de Rochdale e irão fazer parte da doutrina cooperativista. Owen, um rico industrial da época que, se sensibilizou com a realidade de pobreza e condições sociais, tomando atitudes como a proibição do trabalho de menores de 10 anos, criando escolas e refeitórios para os operários, melhorando a vida de seus proletários.

Chega Dezembro de 1844, finalmente é aberta e começa suas atividades a Sociedade Cooperativa Equitativa dos Pioneiros de Rochdale, próximo a cidade de Manchester na Inglaterra, 28 operários, quase todos tecelões, alguns eram carpinteiros, sapateiros e marceneiros, gerindo uma sociedade sem fins lucrativos, com a distribuição dos resultados na proporcionalidade das operações individuais de cada sócio, gestão democrática – cada homem um voto, não importando o valor de seu capital na sociedade, totalmente desprovida de ideais políticos ou religiosos, com adesão livre e voluntária, sem remuneração do capital e vendendo somente a vista, cercada em 9 Princípios e se torna o primeiro empreendimento de

sucesso no modelo cooperativa, que seria replicado no mundo todo com estas especificidades.

Outra contribuição fundamental feita pelos Pioneiros de Rochdale, foi a decisão de investirem parte do seu tempo para leitura e ampliação de conhecimento, questão esta, que no caso brasileiro, chegou até mesmo a ser inserida dentro da legislação especial das sociedades cooperativas pelo inciso II do art. 28 da Lei 5.764/71². Alguns anos após o início de suas atividades a cooperativa de Rochdale, já possuía mais de 400 associados, muitos deles mulheres, que obtiveram direito a voto, muito antes de votarem em eleições presidenciais.

William Cooper, um dos membros fundadores da cooperativa de Rochdale, se tornou um divulgador deste modelo de empresa por toda a Europa, pois finalmente uma modelo empresarial como cooperativa, tinha conseguido sucesso e prosperar como negócio.

Desde então, começaram a surgir cooperativas pelo mundo todo, baseadas nesta experiência e logo em 1895, foi fundada a Aliança Cooperativa Internacional (ACI ou ICA), como sede em Genebra na Suíça, como entidade máxima de representação do cooperativismo mundial, realizando diversas ações em prol do movimento cooperativista, realizando congressos importantes, que aos poucos foram adaptando os 9 princípios cooperativistas, formulados pelos pioneiros em 1.844, até que em 1.995, no seu Congresso centenário, realizado em Manchester – UK, após todo um trabalho de levantamento dos modelos cooperativos aplicados pelos vários afirmou que os valores cooperativos estão baseados na ajuda mútua, democracia, igualdade, equidade e solidariedade. Com base na tradição de seus pioneiros, a ACI reiterou a importância dos valores éticos da honestidade, dos mecanismos democráticos de consulta e informação dos associados, da responsabilidade social e da associação voluntária de pessoas para se entre ajudarem economicamente, sendo eles:

1. Associação voluntária e aberta;
2. Controle democrático dos membros;
3. Participação econômica dos membros;
4. Autonomia e independência;
5. Educação, treinamento e informação;
6. Cooperação entre cooperativas;
7. Preocupação com a Comunidade.

No Brasil, temos notícias de que a primeira experiência cooperativa foi em Ouro Preto, no ano 1.889 atuando no Ramo Crédito, a história do moderno cooperativismo no Brasil é recente, data somente do início do século XX, e, em segundo e importante plano a experiência de organização cooperativa no Brasil é oriunda somente da forma cooperativada de Rochdale, na qual o capital foi um fator de produção não determinante.

Em 1.970, nasce a Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) com sede em Brasília-DF, e em vários estados brasileiros, são fundadas as OCE's, Organizações Estaduais de Cooperativas (ex. SP-OCESP, RJ-OCERJ, PR-OCEPAR, RS-OCERGS, MG-OCEMG e assim por diante), organização (OCB) esta, que tem um papel fundamental para a edição da Lei maior do cooperativismo no Brasil, a Lei Federal 5.764/71⁴, onde, vários princípios do cooperativismo estão contemplados nesta lei especial, vigente até os dias de hoje. O sistema legislativo brasileiro teve a edição de uma nova Constituição Federal no ano de 1.988 (CF/88), onde alguns artigos da lei 5.764/71 foram revogados. A Organização das Cooperativas Brasileiras, guardiã da doutrina cooperativista e órgão técnico consultivo do Governo (art. 105, lei 5.764/71), tem a representação do sistema cooperativista nacional, onde todas as sociedades cooperativas brasileiras tem a obrigatoriedade de se registrarem (art. 107, lei 5.764/71), após o seu registro mercantil que ocorre nas juntas comerciais de cada unidade federativa do Brasil, para garantirem sua condição de Tipo Societário Cooperativa, conforme a lei federal 8.934/94⁵. Pois, os empreendimentos mercantis brasileiros, devem se registrar no órgão de registro mercantil, ou seja, o Departamento de Registro Empresarial e Industrial, através das Juntas Comerciais de cada estado, para verificação da adequação neste modelo societário escolhido. Segue abaixo, modelo de Ficha Cadastral, onde os empresários (membros/sócios de cooperativas são empresários e empregadores também) definem o modelo/tipo societário que sua empresa deverá ser.

4 Legislação de 1971, que rege os empreendimentos cooperativos no Brasil.

5 Lei federal 8.934/94, dispõe sobre o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins e dá outras providências.

Figura 1: Ficha Cadastral JUCESP



Fonte: JUCESP-Junta Comercial do Estado de São Paulo (2016)

Aqui neste momento, na junta comercial é que nasce oficialmente uma empresa do tipo societário cooperativa e não algum outro tipo de sociedade empresária conforme os modelos apresentados conjuntamente com o modelo cooperativa, e ao se registrar na Organização das Cooperativas Brasileiras, atendendo ao art. 107 da lei federal 5.764/71 passando a integrar o Sistema Cooperativo Nacional, garantindo com este registro perante toda a sociedade que ela atende as características de formas desta empresa do modelo societário cooperativa, com as características que estão elencadas abaixo:

1. As cooperativas têm estatuto social e não contrato social;
2. A gestão é feita cada homem um voto e não pela proporção do capital investido na empresa;
3. A presença de fundos obrigatórios e indivisíveis, 10% para o Fundo de Reserva Legal e 5% para o Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, descontados do seu resultado líquido, o que não ocorre nos demais modelos societários;
4. As cooperativas não estão sujeitas a falência, como os demais modelos societários;
5. O retorno das sobras é proporcional as suas operações com a cooperativa, na empresa de capital o lucro é distribuído proporcional ao capital de cada sócio.
6. As cotas de capital são intransferíveis, não existe a possibilidade de negociação, diferentemente do que ocorre nos demais modelos societários;

7. Impossibilidade de transformação societária por outro tipo jurídico e vice-versa;
8. Tratamento tributário adequado ao Ramo de atuação da cooperativa;
9. Quórum em assembleias por associados e não pelo capital, como nos demais tipos societários;
10. Impossibilidade de terceiros capitalizarem a cooperativa e ainda limitação da remuneração do capital.

Posto as principais características societárias do tipo societário cooperativa é preciso conhecer os 13 Ramos do Cooperativismo, a saber:

1. Ramo Agropecuário – Cooperativas de produtores rurais ou agropastoris e de pesca, cujos meios de produção pertencem ao cooperado. Caracterizam-se pelos serviços prestados aos associados, como recebimento ou comercialização da produção conjunta, armazenamento e industrialização, além da assistência técnica, educacional e social.
2. Ramo Saúde – Cooperativas que se dedicam à preservação e promoção da saúde humana.
3. Ramo Trabalho – Cooperativas que se dedicam à organização e administração dos interesses inerentes à atividade profissional dos trabalhadores associados para prestação de serviços não identificados com outros ramos já reconhecidos.
4. Ramo Crédito – Cooperativas destinadas a promover a poupança e financiar necessidades ou empreendimentos dos seus cooperados. Atua no crédito rural e urbano.
5. Ramo Consumo – Cooperativas dedicadas à compra em comum de artigos de consumo para seus cooperados. Subdividem-se em fechadas e abertas. Fechadas são as que admitem como cooperados somente as pessoas ligadas a uma mesma cooperativa, sindicato ou profissão, que, por sua vez, geralmente oferece as dependências, instalações e recursos humanos necessários ao funcionamento da cooperativa. Isso pode resultar em menor autonomia da cooperativa, pois, muitas vezes, essas entidades interferem na sua administração. Abertas, ou populares, são as que admitem qualquer pessoa que queira a elas se associar.

6. Ramo Mineral – Cooperativas com a finalidade de pesquisar, extrair, lavar, industrializar, comercializar, importar e exportar produtos minerais.
7. Ramo Especial – Cooperativas constituídas por pessoas que precisam ser tuteladas ou que se encontram em situações de desvantagem nos termos da Lei 9.867, de 10 de novembro de 1999⁶.
8. Ramo Turismo e Lazer – Cooperativas que prestam ou atendem direta e prioritariamente o seu quadro social com serviços turísticos, lazer, entretenimento, esportes, artísticos, eventos e de hotelaria.
9. Ramo Transporte – Cooperativas que atuam na prestação de serviços de transporte de cargas e passageiros.
10. Ramo Educacional – Cooperativas de profissionais em educação, de alunos, de pais de alunos, de empreendedores educacionais e de atividades afins.
11. Ramo Infraestrutura – Cooperativas que atendem direta e prioritariamente o seu quadro social com serviços essenciais, como energia e telefonia.
12. Ramo Habitacional – Cooperativas destinadas à construção, manutenção e administração de conjuntos habitacionais para o seu quadro social.
13. Ramo Produção – Cooperativas dedicadas à produção de um ou mais tipos de bens e produtos, quando detenham os meios de produção.

Para os empregados, cuja empresa entra em falência, a cooperativa de produção geralmente é a única alternativa para manter os postos de trabalho.

6 Lei 9.867 de 10 de novembro de 1999 dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas sociais, visando a integração social dos cidadãos conforme especifica.



Figura 2: Quadro de distribuição das cooperativas por ramo

Ramo	Cooperativas	Associados	Empregados
Agropecuário	1.597	1.007.675	161.701
Consumo	122	2.923.221	13.880
Crédito	1.034	5.808.064	41.199
Educacional	300	52.371	4.079
Espécie	6	247	7
Habitacional	220	120.520	1.035
Infraestrutura	130	934.892	6.496
Mineral	86	87.152	180
Produção	253	11.527	3.386
Saúde	849	249.906	92.198
Trabalho	977	228.613	1.929
Transporte	1.228	137.543	11.685
Turismo e Lazer	25	1.696	18
Total	6.827	11.563.427	337.793

Fonte: OCB- 2015

Eschenburg (1983) descreve as considerações de Marshall de que a cooperação, pelo fato de representar uma limitação à ação maximizadora individual, limita a competência; a questão é se as vantagens da cooperação superam ou não as desvantagens da diminuição de eficiência econômica. Pois, a forma cooperativa só é vantajosa se a coordenação das atividades econômicas de seus agentes resultarem em vantagens maiores que os custos da renúncia a uma condição de livre mercado.

Determinadas situações de imperfeições de mercado, a cooperação pode ser uma forma eficiente de coordenação, inclusive substituindo a própria coordenação de mercado, podemos abordar a cooperação como uma forma de organização empresarial e econômica mais ampla, que pode estar propiciando uma melhora do bem-estar de diversos agentes ou grupos em determinadas situações específicas de mercado. Dessa maneira, parece ser a imperfeição dos mercados um fator determinante para o aparecimento das formas de cooperação, nos níveis das empresas ou dos contratos entre agentes. Williamson (1985) analisa essas situações e julga que o nível de especificidade dos ativos envolvidos no processo de produção é determinante para o processo de coordenação de atividades, no qual, necessariamente, o conceito de cooperação está diretamente envolvido por meio de relações contratuais entre os atores econômicos.

A legislação cooperativista continuou avançando após a CF/88, onde encontramos a edição da Lei Complementar (LC) 130/09⁷, específica para o Ramo das Cooperativas de Crédito, um grande avanço para este tipo de cooperativismo, que nos últimos anos, se tornou o ramo que mais vem crescendo em números de associados, cooperativas, participação no Sistema Financeiro Nacional (SFN), números de PA's (postos de atendimento cooperativo ou filial), etc..., porém, a LC 130/09, também revogou artigos da lei especial 5.764/71, como os exemplos abaixo:

Art. 84 e seus incisos (revogados pela Lei Complementar n^o 130, de 2.009) Art. 86 Parágrafo único (revogados pela Lei Complementar n^o 130, de 2.009)

O ano de 2.012, foi muito especial para o cooperativismo mundial, pois a Organização das Nações Unidas, reconhecendo no modelo cooperativo uma forma mais justa de distribuição de renda, uma opção de organização do trabalho de uma maneira mais eficaz, declarou este ano, como o "Ano Internacional das Cooperativas" através da sua Resolução de núm. 64/136, de 18 dezembro de 2009, onde em seu Art. 5^o, chama a atenção dos governos para o incentivo deste modelo societário de empresa, sugerindo que o mesmo seja tratado adequadamente e com reconhecimento de toda a sociedade.

Neste mesmo ano de 2.012, foi editada a lei federal 12.690/12⁹, atuando especificamente no cooperativismo do ramo trabalho, porém as cooperativas do ramo produção, também devem estar inseridas nesta lei, que até os dias de hoje ainda não foi regulamentada. Com a edição desta Lei, os sócios membros de uma cooperativa de trabalho/produção, acabaram

7 Lei Complementar 130/09, dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

8 Art.5^o Encoraja os governos a manter, sob revisão, de forma apropriada, as medidas legais e administrativas que regulam as atividades das cooperativas, a fim de estimular o crescimento e a sustentabilidade das cooperativas num ambiente socioeconômico que muda rapidamente para, entre outros, proporcionar um nível de atuação frente à outras empresas sociais e comerciais, incluindo incentivos fiscais e acesso aos serviços financeiros e ao mercado.

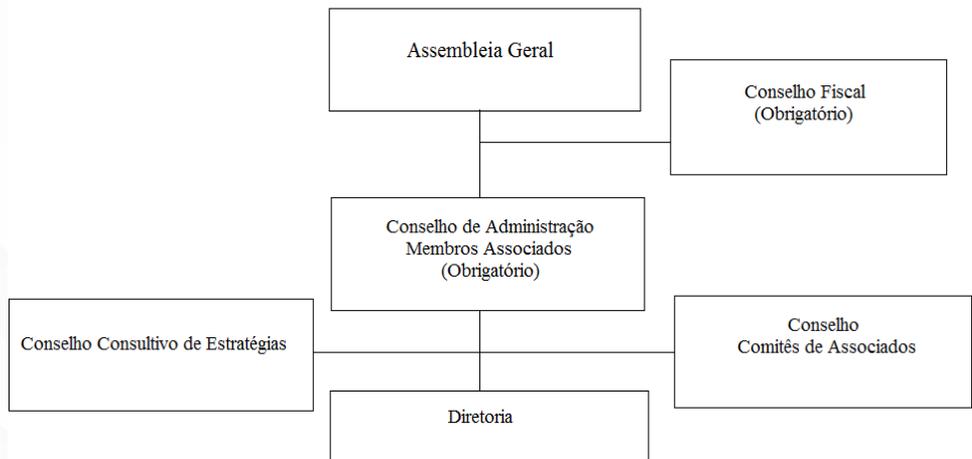
9 Lei Federal 12.690/12 dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943.

sendo tratados diferentemente dos demais membros dos outros 11 Ramos de cooperativas, onde, certos direitos previstos na Consolidação das leis do Trabalho (CLT), foram incluídos aos cooperados e aguardamos a sua regulamentação, para clarear ainda mais alguns pontos, pois, uma sociedade cooperativa é fundamentada em sócios/membros proprietários.

Resumindo a parte de legislação cooperativista no Brasil, temos as Leis 5764/71, 8.934/94, 130/09 e 12.690/09, além da CF/88 e o próprio Código Civil de 2.002, que também trata de cooperativas, tornando o caso brasileiro bastante inflexível quando o assunto é sociedade cooperativa, quando comprado com a maioria dos países do mundo. Daí a necessidade de compreendermos que uma cooperativa onde existem conflitos de *Direitos de Propriedade*, pois nas cooperativas têm por características o fato de o associado ser, ao mesmo tempo, usuário e proprietário de seu negócio. Utilizando-se dos conceitos de *agency*, o associado será simultaneamente, agente (contratado) e o principal (contratante) da mesma relação contratual. Bialoskorski Neto (1994) indica que essa relação pode levar a uma situação de ineficiência para a cooperativa, uma vez que, nas assembleias gerais e nos momentos de definições econômicas na cooperativa, esse associado – agente – pode fixar, como principal da relação contratual, sua própria remuneração ou suas margens de custos. Outro problema neste tipo societário é o do *Carona ou freerider*, Olson(2007) define “freerider” com o indivíduo que se beneficia de atividades em grupo sem ter de suportar os custos apropriados. Mancur Olson, em seu livro “A Lógica da Ação Coletiva”, de 1965, argumenta que, a menos que o número de participantes em um grupo seja muito pequeno, ou que exista coerção ou algum outro dispositivo para fazer as pessoas agirem com interesses comuns, indivíduos racionais e autointeressados não irão atuar para atingir os objetivos do grupo/comuns. O Problema do *Horizonte*, ocorre quando os direitos sobre as receitas residuais de um ativo são menores que sua vida produtiva, ou seja, quando há um descompasso temporal entre a vida útil de um ativo e a apropriação das receitas residuais por ele geradas (COOK 1995), temos o problema do *Portfólio*, que tem associação com o do horizonte (COOK 1995), o problema do Controle/Agência, ocorre devido aos custos originados pelas divergências que se estabelecem entre proprietários e gestores da cooperativa (COOK 1995), problemas de *Custos de Influência*, incluem uma série de custos relacionados às tentativas informais dos cooperados de influenciar na tomada de decisões em seu

benefício (ROBERTS, MILGROM, 1992), além da dificuldade de modelo de empresa de obter capital de terceiros.

Figura 3: Organograma de uma cooperativa



Fonte: Elaboração própria

A Nova Geração de Cooperativas

Fulton (1996) definem a Nova Geração de Cooperativas (NGC) como uma forma organizacional que mantém os princípios doutrinários do cooperativismo, mas que edifica uma nova arquitetura organizacional, que traz modificações nos direitos de propriedade e induz a organização cooperativa a um nível de eficiência econômica. Na Constituição da NGC, ocorre a obrigatória capitalização do novo empreendimento pelo próprio cooperado, proporcionalmente à produção a ser entregue no futuro, podendo haver financiamento por parte de agentes financeiros diretamente aos membros interessados. Desse modo, deve-se modificar no Brasil a Lei 5.764/71, para que se possa ter condições de negociação dos direitos de propriedade sobre os ativos da cooperativa, quotas-parte, em mercados de balcão, e distribuir os resultados, inclusive com terceiros, com a modificação das exigências quanto aos fundos indivisíveis. Assim, poderemos constituir NGC's no Brasil. As cooperativas de vários países (como Itália, França e Alemanha), não possuem o tipo societário cooperativa, nesses países elas são S/A- Sociedade por Ações ou LTDA- Sociedade Limitada são tributadas pelo lucro gerado, da mesma forma que todas as sociedades de "K" (Capital), além de não ter nenhum impedimento legal para a

constituição de sociedade cooperativa, as pessoas físicas, jurídicas ou ambas podem ser membros de cooperativas apenas mudando a condição de cada pessoa (física ou jurídica) em voto, independente do seu capital.

Caso SASKATCHEWAN WHEAT POOL

Este case ilustra bem alguns dos desafios do modelo societário Cooperativa, a Wheat Pool era uma das maiores cooperativas do Canadá, que atuava no mercado de grãos. Contava com aproximadamente 60 mil membros ativos e tinha um faturamento da ordem de US\$ 1,5 bilhão. Como sociedade Cooperativa, abriu o seu capital por meios de ações ordinárias, oferecidas aos seus membros, e ações preferenciais colocadas aos membros e ao público em geral. Apesar das preocupações em tentar manter a identidade de cooperativa, a polêmica ficou clara no meio do cooperativismo canadense e internacional. A abertura de capital por meio de ações preferenciais sem direito a voto encontra um obstáculo quase que intransponível nas sociedades cooperativas fortemente enraizadas em princípios doutrinários da Aliança Cooperativa Internacional. O conflito de um dos principais princípios das sociedades cooperativas, que se originou em Rochdale, na constituição da Sociedade Pioneira dos Probos de Rochdale, Inglaterra no ano de 1844, onde se as ações permitissem o direito a voto proporcional ao capital investido, ocorreria uma alteração na alocação dos direitos de decisão na cooperativa. Em 1.991, decidiu-se por esse processo de abertura de sua estrutura de capital e após o ano de 1.996, foram negociados mais de 153 milhões de dólares canadenses em ações classe B na Bolsa de Valores de Toronto. Em 1.997, houve o primeiro pagamento de dividendos. Tais ações levaram a cooperativa a estabelecer um avançado plano de investimentos e crescimento. Outra vantagem é o monitoramento que o mercado passou a exercer sobre os resultados do desempenho da cooperativa. Além da abertura de capital, alianças estratégicas com outras empresas de “k” (não cooperativa), acabou colocando a cooperativa em uma situação delicada de conflito de interesse entre os seus membros usuários e beneficiários diretos e os investidores proprietários de ações. Após um período a cooperativa opta por tornar-se uma sociedade de “K”, de investidores. Posto este case- exemplo, no Brasil, vem ocorrendo uma série de transformações de sociedades cooperativas em sociedades de “K”, por diversos motivos, onde acredito ser o desconhecimento das características do tipo societário cooperativa, um dos

principais motivos, além de não termos muito claros, os fatores operacionais, jurídicos e sociais de diferenciação das sociedades cooperativas das demais sociedades empresárias brasileiras.

Uma ressalva tem que ser feita, pois no Brasil é impossível a transformação de cooperativa em sociedade empresária e vice-versa, conforme nota técnica do D.R.E.I.¹⁰, sendo o caminho da dissolução da sociedade cooperativa e constituição da sociedade empresária.

Conclusão

Devemos conhecer melhor as características da sociedade cooperativa, os fatores de diferenciação entre esta e as demais sociedades empresária brasileira, incentivar o desenvolvimento de trabalhos acadêmicos sobre o assunto, além de um estudo jurídico deste tipo de empreendimento mercantil, sem fins lucrativos, com função dupla (função econômica e função social), e trabalhar legislativamente, pois a lei brasileira é bastante inflexível (NORTH, 1990; FURUBOTN; RICHTER, 2000), comparando as demais experiências das cooperativas em outros países, monitorando como ocorreram as evoluções societárias, como estão atuando nos dias de hoje e efetuar um grande trabalho de reflexão sobre a realidade brasileira e os caminhos futuros do cooperativismo.

Referências

BIALOSKORSKI NETO, S. **Corporate governance and the role of the managers in Brazilian co-operatives** 1994.

COOK, M. L.; **The Future of US agricultural cooperatives: a neoinstitutional approach**. American Journal of Agricultural Economics, Oxford, v.77, p.1153-1159, dec. 1995

ESCHENBURG, R. **Una breve intrucción a La teoria económica de La cooperación**. Perspectiva Econômica, v. 13, p. 7-14, 1983

10 D.R.E.I - Departamento de Registro Empresarial e Industrial, disposto nos Manuais de Registro de Empresário Individual, de Sociedade Limitada e de Sociedade Anônima, anexos à Instrução de Número 10, de 05 de dezembro de 2013.

FULTON, M. **A nova geração de cooperativas: respondendo às mudanças na agricultura.** Preços Agrícolas, n. 150, p. 6-7, abr. 1999

FULTON, MURRAY. E. **The Future os Canadian agricultural cooperatives: a property rights approach.** American Journak of Agricultural Economics, Oxford, v.77, p.1144-1152, 1995

GAYOTTO, A. M. **Formas primitivas de cooperação e precursores.** São Paulo: ICA, 1976. HUGON, P. **História das doutrinas econômicas.** São Paulo: Atlas, 1970.

MILGROM, P.; ROBERTS, J. **Economics, organization & management.** New Jersey: Prentice Hall, 1992.

PINHO, D.B. **Cooperativismo: fundamentos doutrinários e teóricos.** São Paulo: ICA, S. Agricultura, 2001.

WILLIAMSON, O. E. **The mechanisms of governance.** New York: Oxford University Press, 1996

FIGURA 1, disponível em: <<https://www.jucesp.sp.gov.br/default.aspx>>. acesso em: 05 de agosto de 2015.

FUGURA 2, dados obtidos em: <<http://www.ocb.coop.br/site/ramos/index.asp>>

TRATAMENTO JURÍDICO DO ALCOOLISMO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Claudio Pedrosa Nunes (UFMG)

Renata Gabriele Oliveira Linhares (UFMG)

Resumo

O presente trabalho tem por escopo apresentar uma análise e discussão sobre o tratamento jurídico destinado aos trabalhadores que são acometidos pelo alcoolismo e as suas consequências nas relações de trabalho, tendo como base a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a normativa e recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS). Com efeito, o alcoolismo é caracterizado pelo consumo compulsivo de bebidas alcoólicas, consistindo em doença complexa e delicada, em que a pessoa do alcoólico manifesta um desejo insaciável pelo consumo dessa droga tida como lícita. A Organização Mundial de Saúde (OMS) já revelou tratar-se de grave problema de Saúde pública que atinge quaisquer segmentos sociais, com consequências nefastas no entorno social e profissional do enfermo. O Código Internacional de Doenças (CID) classifica o alcoolismo como enfermidade que atinge a pessoa no âmbito físico, psicológico e mental, tal qual se extrai do CID F-10, correspondente a “transtornos mentais e comportamentos devidos ao uso de álcool”, cuja intensidade varia entre “intoxicação aguda” (CID F-10.0) e “transtorno mental ou comportamental não especificado” (CID F-10.9). Persiste, entretanto, significativo embate sobre as repercussões do alcoolismo em razão da prescrição da alínea “f” do artigo 482 da Consolidação Trabalhista, que consagra a ocorrência de justa causa extintiva do contrato de trabalho nos casos de embriaguez habitual ou em serviço. A metodologia utilizada no estudo reúne pesquisa de natureza documental e bibliográfica. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, de natureza descritiva e abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Alcoolismo. Doença. Relações de Trabalho. Tratamento Jurídico.

1. Introdução

O presente estudo tem por escopo apresentar uma análise e discussão preliminar sobre o tratamento jurídico destinado aos trabalhadores acometidos pelo alcoolismo e as suas consequências nas relações de trabalho, tendo como base a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a normativa e recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS), além da doutrina e da jurisprudência recorrentes nessa matéria.

Com efeito, o alcoolismo é caracterizado pelo consumo compulsivo de bebidas alcoólicas, consistindo em doença complexa e delicada, em que a pessoa do alcoólico manifesta um desejo insaciável pelo consumo dessa droga tida como lícita. A Organização Mundial de Saúde (OMS) já revelou tratar-se de grave problema de Saúde pública que atinge quaisquer segmentos sociais, com consequências nefastas no entorno social e profissional do enfermo. O Código Internacional de Doenças (CID) classifica o alcoolismo como enfermidade que atinge a pessoa no âmbito físico, psicológico e mental, tal qual se extrai do CID F-10, correspondente a “transtornos mentais e comportamentos devidos ao uso de álcool”, cuja intensidade varia entre “intoxicação aguda” (CID F-10.0) e “transtorno mental ou comportamental não especificado” (CID F-10.9).

Persiste, entretanto, significativo embate sobre as repercussões do alcoolismo em razão da prescrição da alínea “f” do artigo 482 da Consolidação Trabalhista, que consagra a ocorrência de justa causa extintiva do contrato de trabalho nos casos de embriaguez habitual ou em serviço. A metodologia utilizada no estudo reúne pesquisa de natureza documental e bibliográfica. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, de natureza descritiva e abordagem qualitativa.

2. Alcoolismo e embriaguez

Em tema de alcoolismo, entender o conceito de embriaguez é de fundamental importância. A embriaguez é, segundo Oliveira (1991, p. 169), “o entorpecimento dos sentidos provocado por álcool, pelo uso de drogas, ou por qualquer outro entorpecente”. Por sua vez, Giglio (2000, p. 82), ressalta a embriaguez deve ser entendida não apenas como o estado de quem ingere bebida alcóolica em demasia, mas também o estado mórbido de quem faz uso de drogas nocivas em geral.

A maior autoridade médica mundial, doutra parte, Organização Mundial de Saúde (OMS), define o alcoolismo como doença, enfermidade causada pela intoxicação decorrente da ingestão de bebidas alcoólicas em elevado volume. No mesmo sentido dispõe a Classificação Internacional de Doenças (CID) em, no mínimo, três rubricas, todas relacionadas a transtornos psíquicos e físicos (TEIXEIRA, 1992, p. 331).

Pode-se, pois, perceber que o alcoolismo transforma o estado psíquico e também físico da pessoa como resultado da ingestão de álcool, qualificado por reações de comportamento que sempre conduzem a uma compulsão para ingerir mais álcool de modo contínuo ou periódico. Os efeitos psíquicos daí decorrentes objetivam, para muitos, evitar desconfortos e descontentamentos (TEIXEIRA, 1992, p. 331). Portanto, verifica-se que o alcoolismo, conquanto conduza à alteração aguda do estado psíquico das pessoas, transformando seu comportamento após ingestão de bebidas que contenham a substância álcool, não constitui um simples vício que provoca conduta social reprovável; trata-se de doença que, longe de depender da só manifestação volitiva do indivíduo, acomete-o pelo contato físico e prolongado, mormente ingestão, de substância alcoólica.

A instituição denominada Alcoólicos Anônimos (AA) desenvolve ações que, a partir da identificação de determinada pessoa como portadora da doença do alcoolismo, dirigem-se não só a fazer conhecer ao enfermo sua realidade mórbida, mas sobretudo a encaminhá-lo para tratamento a nível de terapia de grupo com outros alcoólicos. Não se trata de instituição médica e/ou psíquica e sim de sociedade de pessoas que, reunidas por problema de Saúde comum, pretendem recuperar-se por ajuda mútua¹.

1 O livro básico da literatura dos Alcoólicos Anônimos conceitua a instituição da seguinte forma: “Alcoólicos Anônimos é uma irmandade de homens e mulheres que compartilham suas experiências, for as e esperanças a fim de resolver seu problema comum e ajudar outros a se recuperarem do alcoolismo. O único requisito para tornar-se membro é o desejo de parar de beber. Para ser membro de A.A. não há taxas ou mensalidades. Somos auto-suficientes graças às nossas próprias contribuições. A.A. não está ligado a nenhuma seita ou religião, nenhum movimento político, nenhuma organização ou instituição; não deseja entrar em qualquer controvérsia; não apoia nem combate quaisquer causas. Nosso propósito primordial é o de mantermo-nos sóbrios e ajudarmos outros alcoólicos a alcançarem a sobriedade” (Cf. **Alcoólicos Anônimos: a história de como homens e mulheres se recuperaram do alcoolismo**, São Paulo: JUNAAB, 2003).

Diante dessa realidade ineludível, a comunidade jurídica não poderia nem pode passar ao largo da problemática, considerando os inúmeros conflitos que diuturnamente se verificam no ambiente laboral, seja a nível administrativo ou judicial, com incursões a nível previdenciário. Assim é que o texto do artigo 482, alínea “f”, da Consolidação das Leis do Trabalho tem suscitado polêmicas e desafiado soluções para interpretação e aplicação consentâneas às relações entre empregado e empregador no curso do contrato de trabalho. Demais disso, outros dispositivos do estatuto laboral brasileiro, a exemplo do artigo 458, *caput*, também merecem acurada atenção no sentido de dirigir a melhor regulação das relações de trabalho quando em evidência os embates envolvendo empregados alcoólicos.

3. Alcoolismo e ordenamento jurídico-laboral

O problema do alcoolismo nas relações de trabalho sempre representou um desafio elevado também para as autoridades encarregadas de interpretar e aplicar as normas de regulação do trabalho. No campo do Direito do Trabalho, assim, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) parece conceber o alcoolismo como vício social. Assim é que seu artigo 842, alínea “f”, considera-o como justa causa resolutória do contrato de trabalho. Valentin Carrion (2007, p. 383), debruçando-se sobre referido dispositivo celetário, esclarece:

Haverá embriaguez quando o indivíduo, intoxicado, perde o governo de suas faculdades a ponto de tornar-se incapaz de executar com prudência a tarefa a que se consagra (Wagner Giglio). Habitual: mesmo que sem relação alguma com o serviço, repetidas vezes dentro de curto espaço de tempo; ingestão frequente de bebidas sem efeitos negativos, mesmo que ostensiva, não equivale a embriaguez. Em serviço: a doutrina se inclina pela configuração da justa causa desde que se concretize uma só vez (Russomano, Gomes-Gottschalk e Maranhão; Dorval Lacerda, em sentido contrário) (CARRION, 2007, p. 383).

Recentemente, todavia, a doutrina justralhista, com âncora na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST), tem admitido a ingestão abusiva ou crônica do álcool no ambiente laboral ou fora dele como conduta específica que demanda novos olhares, designadamente medidas médico-legais. Nesse sentido é Teresa Romar (2018, p. 546):

Embriaguez habitual ou em serviço: uso abusivo do álcool ou outra substância entorpecente. Nesta hipótese, o ato garante a imediata dispensa, se a embriaguez se deu em serviço, e depende da habitualidade, se fora do serviço. No entanto, a questão tem gerado muita discussão, principalmente em relação à embriaguez habitual, que caracteriza alcoolismo, e ao vício em drogas, reconhecidos como doenças que merecem ser tratadas e não punidas com dispensa por justa causa. O TST tem adotado entendimento no sentido de que o alcoolismo crônico é visto como doença a ensejar tratamento adequado, e não dispensa por justa causa (ROMAR, 2018, p. 546).

A jurisprudência dos tribunais do trabalho tem-se inclinado de forma a flexibilizar o rigor do texto do artigo 482, alínea “f”, da Consolidação Trabalhista, vedando a despedida por justa causa ou com índole discriminatória do empregado acometido de alcoolismo sem prévia destinação a tratamento médico. Tal entendimento dos pretórios laborais resultou de múltiplas ações judiciais trabalhistas nas quais o trabalhador buscava reversão de justa causa aplicada com base na literalidade do texto consolidacional mencionado (artigo 482, “f”, CLT). Transcrevem-se os seguintes arestos no particular:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À LEI 13.015/2014. RESCISÃO CONTRATUAL PAUTADA NO ABANDONO DE EMPREGO. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO. PRESUNÇÃO DE AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE ENCERRAR O CONTRATO DE TRABALHO. JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. 1. O Tribunal Regional, a despeito de reconhecer que o reclamante cometeu diversas faltas ao trabalho, reformou a sentença que havia reconhecido o abandono de emprego. Compreendeu o Colegiado não ser possível imputar a justa causa como motivo ensejador para ruptura do contrato de emprego, ao fundamento de que, pelo fato de o reclamante ser alcoólatra, deveria o empregador, antes de aplicar qualquer punição, encaminhá-lo para tratamento junto ao INSS. Real ou, ainda, que o empregado não teria plena capacidade de discernimento, razão por que determinou a reintegração do reclamante ao emprego. 2. O abandono de emprego representa o descumprimento, por parte do empregado, do contrato de trabalho, em que ficou acertada a obrigação de prestar o serviço. Num tal contexto, a interrupção da prestação configura a quebra do pacto pelo obreiro. 3. Todavia, para ser tida como

abandono, essa ausência há de ser prolongada e contínua, bem assim deve revelar a efetiva intenção, ainda que implícita, do trabalhador encerrar o vínculo de emprego. 4. Nessa medida, esta Corte possui entendimento jurisprudencial no sentido da presunção da ausência do requisito subjetivo de abandonar o emprego quando o trabalhador é portador de doença que lhe afeta as plenas capacidades físicas e/ou mentais, a ponto de não lhe permitir o pleno discernimento ou a plena mobilidade, ou mesmo quando se encontra na via *crucis* de retomar benefício previdenciário, para que possa, ciente e realmente, abandonar o emprego. 5. No caso presente, portanto, a circunstância de o reclamante comprovadamente ser alcoólatra permite presumir que não havia, de sua parte, intenção de abandonar o emprego. 6. Nessa medida, a decisão recorrida não afronta o art. 482, “i”, da CLT. Arestos inservíveis (TST, RR nº 1446-91.2013.5.15.0114, 1ª Turma, Rel. Min. HUGO CARLOS SCHEUERMANN).

A Organização Mundial de Saúde, por meio do Código Internacional de Doenças (CID), classifica o alcoolismo como doença (sob a denominação de síndrome de dependência do álcool – referência F-10.2). Nesse contexto, forçoso reconhecer que, tratando-se o alcoolismo de um enfermidade, esta deve ser tratada e não, como ocorreu em caso concreto, ter sido causa a justificar a rescisão do contrato de trabalho. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento (TST, RR nº 45540.40.2006.5.15.0092, 7ª Turma, Rel. Min. PEDRO PAULO MANUS).

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DOENÇA GRAVE. ALCOOLISMO. REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. Consta do acórdão regional que restou comprovado que o autor é portador de doença grave (alcoolismo), tendo sido dispensado do emprego durante internação para tratamento da referida doença. Nesse contexto, o Regional manteve a r. sentença, ante a presunção de dispensa discriminatória, e determinou a reintegração do autor ao emprego. Quanto ao tema, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem entendido que o alcoolismo crônico, doença catalogada no Código Internacional de Doenças (CID) da Organização Mundial de Saúde (OMS) como “Síndrome de Dependência do álcool”, não se configura como desvio de conduta passível de rescisão contratual. A propósito, sobre a “dispensa discriminatória” a Súmula nº 443 dispõe que *“Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma*

ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.” Precedentes. Incidem, portanto, a Súmula nº 333 desta Corte e o art. 896, § 7º, da CLT como óbices ao prosseguimento da revista. Agravo não provido (TST, AgAIRR nº 1565-39.2013.5.05.0661, 5ª Turma, Rel. Min. BRENO MEDEIROS).

RECURSO DO CONSIGNADO/RECONVINTE. ALCOOLISMO. SÚMULA 443/TST. DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA. DANOS MORAIS. Comprovado que a empresa dispensou o empregado, embora ciente de sua patologia (f.10.2 - Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de álcool - síndrome de dependência), tem-se como evidente a conduta discriminatória, implicando em violação ao princípio da dignidade do ser humano e do valor social do trabalho, impondo o reconhecimento de que o ato se deu de forma ilegal. Presume-se, portanto, a dispensa discriminatória e, portanto, devida a condenação em danos morais. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento” (TRT da 13ª Região, RO nº 0000205-36.2017.5.13.0005, Rel. Des. PAULO MAIA FILHO). 6

Diante dos pronunciamentos tribunais em foco, a despedida sem justa causa do empregado acometido do alcoolismo deve ser evitada pelos empregadores, encaminhando-se-o a tratamento médico perante a previdência social sob auxílio-doença. Há, pois, imperativo de levar ao conhecimento dos empregadores o correto tratamento jurídico em relação aos empregados alcoólicos no curso do contrato de trabalho, ficando este suspenso por for a do artigo 476 da Consolidação Trabalhista. Nesse contexto, impõe consignar a existência do Projeto de Lei nº 12/2011², em tramitação na Câmara dos Deputados, que propõe a revogação da antedita alínea “f” do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que obviamente vai ao encontro dos estudos e decisões jurídicos e judiciais sobre a temática do alcoolismo nas relações de trabalho.

2 Trata-se de projeto de lei de iniciativa do Deputado Federal Roberto Magalhães, cuja ementa prescreve: “Revoga a alínea f do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de excluir a embriaguez habitual ou em serviço como causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador”.

4. Alcoolismo e estudos médicos

Não obstante o acima exposto, o tema do alcoolismo ainda carece da devida importância e não tem sido objeto e motivo de ações empresariais preventivas e inclusivas que alcancem soluções ombreadas com a lei e com decisões dos expertos, especialmente no Brasil. São conhecidamente escassos os estudos encomendados por empregadores ou tomadores de serviço em geral para indicação de diretrizes e procedimentos a serem observados pelo patronato quando defrontam situações pontuais ou casos rotineiros de trabalhadores que comprometem sua produtividade em razão de ingestão desmedida de bebidas alcoólicas dentro e fora dos estabelecimentos em que labutam.

Já é assente na literatura médica mundial que o alcoolismo constitui doença progressiva, associada a transtornos físicos e psíquicos, conforme diagnóstico da Organização Mundial de Saúde (OMS). Trata-se da CID F-10, correspondente a “transtornos mentais e comportamentos devidos ao uso de álcool”, cuja intensidade varia entre “intoxicação aguda” (CID F-10.0) e “transtorno mental ou comportamental não especificado” (CID F-10.9) (MEDICINANET, 2020?).

A Associação Britânica de Medicina, por sua vez, expõe que a embriaguez encerra um estado ou comportamento pessoal influenciado pela ingestão descontrolada de bebidas alcoólicas que provoca a perda do governo das faculdades da pessoa a ponto de torná-la incapaz de executar com cautela e prudência o trabalho a que se dedica no momento (FLORINDO, 1999, p. 81-82). No Brasil, as autoridades médicas têm-se alinhado ao diagnóstico da OMS em sua inteireza. Além disso, o alcoolismo é hoje considerado doença ocupacional e pode ensejar inclusive a concessão de auxílio-doença (Portal EBC, 2012). Assim, diante do diagnóstico da enfermidade, especialmente mediante exame médico-pericial, o trabalhador deve ser encaminhado à Previdência Social para fins de tratamento e recebimento de benefício previdenciário. Nesse sentido é inclusive a jurisprudência do TRF da 4ª Região (CONJUR, 2017).

O quadro em foco revela que a questão trabalhista do alcoolismo ostenta especial cuidado dos empregadores e diretores de empresas no Brasil e em outros países. A convergência de decisões tanto médicas quanto jurídicas e judiciárias a respeito dessa patologia impõe medidas que suprimem a pura e simples despedida ou adoção de penalidades disciplinares precipitadas. Segundo Rossato e Kirchhof (2004, p. 345),



Considerando que o alcoolismo é uma patologia que apenas depois de algum tempo de conflitos e recaídas pode retirar o alcoolista da vida produtiva, é imprescindível o estudo das implicações dessas relações no trabalho. Entende-se relação no trabalho como todos os laços humanos criados pela organização do trabalho: relações com a hierarquia, com as chefias, com a supervisão, com outros trabalhadores – e que são, às vezes, desagradáveis, até insuportáveis(13), podendo trazer muita ansiedade em relação à produtividade. Pode-se somar a isso, ainda, táticas utilizadas pelas chefias como repressões e favoritismos, dividindo os trabalhadores, gerando revolta, agressividade e frustração, que muitas vezes não são liberadas. Táticas de conversas individuais nas quais as ameaças feitas em situações grupais são substituídas por uma atitude benevolente e paternalista; podendo também haver a exposição das questões pessoais e sua utilização para manipulação psicológica ou exposição ao grupo, as quais podem gerar conflitos entre os colegas, configurando essas relações interpessoais no trabalho como jogos, uma vez que uns estão fadados a ganhar e outros a perder (ROSSATO; KIRCHHOF, 2004, p. 345).

Estatisticamente, por outro lado, o Ministério do Trabalho, já em 1999, pontuou que o absenteísmo, ou seja, a ausência ao trabalho, representa 50% dos casos entre trabalhadores contumazes na ingestão de álcool, causando impacto negativo ou retardado da produção e na produtividade. Assim é que

O Ministério do Trabalho estima que o álcool contribua para 50% das faltas ao serviço (absenteísmo). Um dependente químico falta cinco vezes mais do que um “limpo” (como são chamados os não dependentes). Nos Estados Unidos, por exemplo, fala-se em perdas anuais de bilhões de dólares, entre perdas de produtividade, faltas e despesas médicas (MATOS; FIGUEIREDO NETO; ROSA, 1999).

Não se olvida, sobremais, dos efeitos adversos que o alcoolismo provoca como agente capaz de potencializar o acometimento do COVID-19, especialmente pela vulnerabilidade da imunidade corporal, causando afastamento das atividades laborais até mesmo pela via do teletrabalho ou trabalho remoto. A comunidade médico-legal já se tem pronunciado nesse aspecto nos últimos meses, reconhecendo o alcoolismo do trabalhador como causa importante de adoecimento pelo novo coronavírus

(REHM; KILIAN; FERREIRA-BORGES; JERNIGAN; MONTEIRO; PARRY; SANCHEZ; MANTHEY, 2020, p. 301-302).

5. Alcoolismo e interpretação da normativa laboral pertinente

Diante das polêmicas que gravitam em torno do problema do alcoolismo no ambiente de trabalho, é imperioso observar que a interpretação da normativa laboral deve alinhar-se ao sentido social que encerra, tendo como base fundamental o diagnóstico da Organização Mundial de Saúde (OMS), ou seja, doença que conjuga dependência química com transtornos psicológicos. Assim é que, a partir da interpretação já adotada nos tribunais do trabalho quanto ao sentido e alcance do artigo 482, alínea “f”, da Consolidação Trabalhista, conforme precedentes jurisprudenciais já expostos, é possível preservar e encaminhar tais precedentes também em relação ao tratamento a ser dispensado pelo empregador ao empregado alcoólico quando de seu retorno ao serviço. Noutras palavras, após o encerramento do benefício previdenciário de auxílio-doença concedido ao empregado, o exercício do poder de direção e administração do empregador deve observar as modelações adequadas para soerguer a confiança e autoestima do empregado para fins de reinseri-lo com proveito no ambiente de trabalho.

Somente quanto os esforços empresariais não conseguirem reverter as deficiências de produtividade e recolocação do alcoólico no ambiente fabril ou empresarial em geral, devem-se iniciar as providências para aposentadoria por invalidez permanente, extinguindo-se a relação de trabalho. Segundo Haddad (2012, p. 29-30), a problemática gerada pelo alcoolismo para a sociedade, principalmente no ambiente de trabalho, quando não detectada e tratada de forma adequada, conduz a sérios problemas e contribui para o aumento de acidentes de trabalho. O alcoolismo é a causa mais frequente de aposentadoria precoce e acidentes no trabalho, sendo também a oitava causa de concessão de auxílio-doença pela previdência social.

Sobre o impacto na Saúde, constata-se um aumento na morbidade e mortalidade dos pacientes, como aumento do absenteísmo médico e da concessão de benefícios por incapacidade; e aumento de acidente de trabalho, desemprego, dívidas e questões familiares. Tal problema pode ser

resolvido com a detecção em exames de admissão, para os empregados, como o método CAGE, ou uma história clínica apurada. As empresas poderiam aprimorar sistemas de detecção e prevenção do alcoolismo, promovendo intervenções e capacitando profissionais como assistentes sociais, enfermeiros e psicólogos. Para os outros segurados, sem vínculo empregatício, espera-se que tanto o clínico geral como o especialista estejam aptos para a detecção do problema, e encaminhamento para a rede de cuidados em Saúde mental. (HADDAD, 2012, p. 29-30).

Sendo assim, caso o trabalhador seja diagnosticado com alcoolismo crônico, sem reversão após a adoção adequada das medidas empresariais, deverá ser encaminhado para lograr aposentadoria por invalidez, sendo esta a melhor interpretação da normativa previdenciária e laboral substanciada na Lei nº 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social) e artigo 475 da Consolidação das Leis do Trabalho. Impõe real ar, conforme adverte Sobral (2014, p. 25), que a situação do empregado acometido da doença do alcoolismo não se confunde com a conduta daquele empregado que possui o hábito de ingerir bebidas alcoólicas moderadamente, por diversão ou entretenimento, sem revelar qualquer dependência química, física ou psicológica. Este último certamente não padece da doença do alcoolismo e uma correta avaliação médica poderá segregar ambas as situações.

Importa destacar que a situação do empregado alcoóla- tra considerado como um doente, não se confunde com a daquele empregado que possui o hábito de embriagar-se por diversão, sem que haja qualquer dependência física ou psicológica do álcool. Este, certamente, não é doente e uma avaliação médica poderá distinguir ambas as situações. (SOBRAL, 2014, p. 32).

No entanto - reitera-se - havendo evidência de qualquer síndrome de alcoolismo por parte do trabalhador, cabe ao empregador, com auxílio médico, investigar a real condição de alcoolemia grave do empregado, que, uma vez constatada, deverá dar lugar não a uma automática ruptura do contrato de trabalho por justa causa, mas sim a um tratamento específico realizado por sob os cuidados do INSS. A despedida do empregado alcoólico pelo motivo único de aplicação literal do artigo 482, "f", da Consolidação Trabalhista é discriminatória e atenta contra o princípio constitucional da vedação de despedida arbitrária, nos precisos termos do

artigo 7º, inciso I, daquela Lei Fundamental. Tal é a interpretação teleológica a ser empreendida na espécie. Ainda de acordo com Sobral (2014, p. 33), os empregadores têm responsabilidade social em conjunto com o Estado, devendo intervir em caso de doença do trabalhador, encaminhando-o para tratamento médico ou licença previdenciária, sendo a punição admissível apenas após análise da ausência da patologia.

6. Conclusões

O presente trabalho destinou-se a apresentar os principais aspectos jurídicos que a questão do alcoolismo tem suscitado no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito da Seguridade Social, designadamente pela constatação de tratar-se de doença crônica e de natureza física e psíquica, com graves repercussões sociais. Assim é que a identificação e diagnóstico da enfermidade é o ponto de partida e a base jurídico-legal fundamental do direcionamento do trabalhador para tratamento médico e para cuidados previdenciários, com repercussões em termos de limitação do exercício do poder disciplinar do empregador, com óbice à dispensa por justa causa.

No tocante aos resultados, pode-se afirmar que uma das principais celeumas consiste no descortino do correto sentido e do alcance da alínea “f” do artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho ou mesmo da duvidosa persistência de sua eficácia normativa diante da melhor interpretação que juristas, médicos e outros expertos na temática lhe têm dispensado. A constatação praticamente unânime é de obsolescência do referido dispositivo celetário, diante do reconhecimento, em alcance mundial, de que o alcoolismo encerra doença crônica, geradora de dependência química e psíquica, devendo o trabalhador enfermo ser encaminhado a tratamento médico, conforme anuncia a maior autoridade médica mundial, a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Junto a isso, a adoção de políticas administrativas, inclusive por meio de regulamento empresarial, de cuidados preventivos e de recuperação do empregado alcoólico são perfeitamente lícitas e têm como base jurídica o exercício regular do poder de direção e administração do empregador, nos termos do artigo 2º da Consolidação Trabalhista. Uma das políticas administrativas mencionadas e talvez ainda não percebida pelo empregador consiste no encaminhamento de empregado acometido do alcoolismo aos Alcoólicos Anônimos, entidade civil sem fins lucrativos, o que pode representar medida simples e sem custos para o patronato, com possibilidade

de alcance de bons resultados e reintegração do colaborador no meio produtivo. Na sequência de medidas a serem incorporadas ao comportamento do empregador no enfrentamento do problema do alcoolismo entre seus colaboradores, está o encaminhamento para tratamento médico, seja após diagnóstico realizado no próprio setor médico da empresa, com concessão de licença remunerada ou não a nível contratual, seja por meio de destinação do empregado à concessão de auxílio-doença previdenciário, com suspensão do contrato de trabalho, permissivo do artigo 476 da Consolidação Trabalhista.

7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Agência Brasil. Alcoolismo é a principal causa de afastamento do trabalho por uso de drogas. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-02/alcoolismo-e-o-principal-motivo-de-pedidos-de-auxilio-doenca-por-uso-de-drogas>. Acesso em 12.03.2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 12, de 05 de abril de 2011. Revoga a alínea f do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a fim de excluir a embriaguez habitual ou em serviço como causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. Disponível em https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/cursos/pos-graduacao/mestrado-em-poder-legislativo/orientacoes-aos-discentes/ComoCitareReferenciar_2020.pdf.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região. Recurso Ordinário 0000205-36.2017.5.13.0005. Recorrente: Condomínio Residencial Verde Vale. Recorrido: Edvan Pereira da Silva. Rel. Des. Paulo Maia Filho. João Pessoa, 12 de mar o de 2019. Disponível em <https://www.trt13.jus.br/jurisprudencia/#/consulta>. Aceso em: 10 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. AgAIRR 1565-39.2013.5.05.0661. Agravante: Expresso Guanabara S.A. Agravado: Aurelino Ribeiro de Sousa. Rel. Min. Breno Medeiros. Brasília, 18 de setembro de 2019. Disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#1399444248cb47abef670d9bf92847dc>. Acesso em: 9 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 1446-91.2013.5.15.0114. Recorrente: Mabe Brasil Eletrodomésticos S.A. Recorrido: Renato Santiago. Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann. Brasília, 22 de maio de 2019. Disponível em <https://jurisprudencia.tst.jus.br/>. Acesso em: 9 jun. 2020.

CARRION, V. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONSULTOR JURÍDICO. TRF 4 considera o alcoolismo como tipo de deficiência e concede benefício. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-jan-14/trf-considera-alcoolismo-deficiencia-concede-beneficio>. Acesso em: 8 jun. 2020.

EBC. Doença ocupacional: alcoolismo prejudica relações de trabalho no Brasil. Disponível em <https://www.ebc.com.br/noticias/saude/galeria/videos/2012/09/doenca-ocupacional-alcoolismo-prejudica-relacoes-de-trabalho>. Acesso em: 8 jun. 2020.

FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 1999.

GIGLIO, W. D. *Justa causa*. 7ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva 2000. HADDAD, N. *Avaliação de benefícios previdenciários concedidos pelo alcoolismo, na Gerência Executiva de Ponta Grossa-Paraná, no período de 2004 a 2009*. Monografia (Especialização em Medicina do Trabalho). Departamento de Saúde Comunitária, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 24-30, 2012. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39061/R%20-%20E%20-%20NASSIB%20HADDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12.03.2021.

MATOS, F. R. B.; FIGUEIREDO NETO, M. V.; ROSA. L. C. S. O uso do álcool e o mercado de trabalho: perspectivas críticas para a justa causa na rescisão do contrato individual de trabalho. *âmbito jurídico*. São Paulo, 1 de jun. de 2009. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-65/o-uso-do-alcool-e-o-mercado-de-trabalho-perspectivas-criticas-para-a-justa-causa-na-rescisao-do-contrato-individual-de-trabalho>. Acesso em: 9 jun. 2020.

MEDICINANET. CID-10. Disponível em http://medicinanet.com.br/cid10/1511/f10_transtornos_mentais_e_comportamentais_devidos_ao_uso_de_alcool.htm. Acesso em: 8 jun. 2020.

MORAES, R. J. S.; BARROCO, S. M. S.. *Concepções do alcoolismo na atualidade: pesquisas hegemônicas, avanços e contradições*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010237722016000100229&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 10 jun. 2019.

OLIVEIRA, F. L. *Curso expositivo de direito do trabalho*, São Paulo: LTr,1991.

REHM, J.; KILIAN, C.; FERREIRA-BORGES, C.; JERNIGAN, D.; MONTEIRO, M.; PARRY, C. D. H.; SANCHEZ, Z. M.; MANTHEY, J. Alcohol use in times of the COVID 19: Implications for monitoring and policy. *Drug and Alcohol Review*. Toronto, 29 de mar. de 2020. Disponível em <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/dar.13074>. Acesso em: 9 jun. 2020.

ROMAR, C. T. M. *Direito do trabalho esquematizado*. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROSSATO, V. M. D.; KIRCHHOF, A. L. C. O trabalho e o alcoolismo: estudo com trabalhadores. *Revista brasileira de enfermagem*, Brasília, p. 344-349, maio/jun. 2004.

SILKWORTH, W. D. Um novo método de psicoterapia em alcoolismo crônico. *Alcoólicos anônimos atinge a maioria: uma breve história de A.A.*, São Paulo: JUNAAB, 2017.

SOBRAL, P. C. *Alcoolismo como incapacidade social: novos aspectos das leis 12.345 e 12.470 de 2011*. Monografia (Especialização em Direito e Processo do Trabalho). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, p. 10-51, 2014. Disponível em https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/1526/1/Monografia_Paula%20de%20Carvalho%20Sobral.pdf. Acesso em 12.03.2021.

TEIXEIRA, J. R. F. Alcoolismo de empregado: justa causa ou doença? *Noções atuais de direito do trabalho*, São Paulo: LTR, 1995.

VAISSMAN, M. *Alcoolismo no trabalho*, Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

A JUDICIALIZAÇÃO DA VACINAÇÃO CONTRA COVID-19: UMA ANÁLISE DO CASO DE GUAXUPÉ/MG

José Albenes Bezerra Júnior¹
Rodrigo Henrique DiasVale²

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo analisar a judicialização da vacinação contra Covid-19 sob a perspectiva do caso prático ocorrido na cidade de Guaxupé, Minas Gerais. O problema reside no amparo técnico-científico do Judiciário para decidir sobre situações que carecem de amparo da comunidade científica, bem como sobre situações que fogem do campo da razoabilidade. Para isso, o artigo foi dividido em três partes. No primeiro momento, é feita uma análise acerca do direito à saúde e os seus reflexos na judicialização da saúde. Em seguida, é feita uma análise da pandemia da Covid-19 no Brasil, com destaque para os recentes números e os dados da vacinação. Por fim, é feita uma análise do caso ocorrido em Guaxupé-MG, onde certa demanda judicializada pleiteava a aplicação da terceira dose do imunizante contra o novo coronavírus. Observa-se que a judicialização da saúde de casos relacionados à Covid-19 se apresenta como uma realidade no Poder Judiciário. A pesquisa se utiliza de uma metodologia documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Covid-19, Judicialização, Saúde, Vacina, Guaxupé-MG.

- 1 Doutor em Direito pela Universidade de Brasília, UnB. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR. Professor da Universidade Federal Rural do Semiárido, UFRSA. Coordenador do Grupo de Estudos em Conflito e Acesso à Justiça, GECAJ/UFRSA, albenes.junior@ufersa.edu.br;
- 2 Graduando em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido, UFRSA. Membro do Grupo de Estudos em Conflito e Acesso à Justiça, GECAJ/UFRSA. rodrigovale_2014@hotmail.com;

Introdução

É constante a busca pela observância aos preceitos constitucionais. Apesar da proteção constitucional aos direitos fundamentais, estes, em diversas situações, não alcançam a necessária efetividade, em especial os direitos fundamentais sociais, os quais demandam uma maior atuação estatal.

Um cenário que se desenha é o da intervenção judicial sobre as políticas públicas nos serviços e na prestação de saúde. Ainda que a Constituição Federal Brasileira (1988) tenha proporcionado uma espécie de democratização do acesso à saúde, a realidade da carência na prestação desses serviços evidencia que inúmeros são os obstáculos para sua efetivação. Isso proporcionou o surgimento do fenômeno da judicialização da saúde.

Em função disso, o artigo pertence analisar a judicialização da vacinação contra Covid- 19 sob a perspectiva de um caso ocorrido na cidade de Guaxupé, no estado de Minas Gerais. de

Trata-se da solicitação de aplicação de uma terceira dose do imunizante. A problemática reside nos critérios técnico-científicos que embasam as decisões do Judiciário, bem como os fundamentos apresentados nas sentenças. Acrescenta-se, também, a necessidade da observância do contexto ou cenário da vacinação no país.

No primeiro capítulo, são apresentados os conceitos relacionados ao direito à saúde, bem como os reflexos que levam a judicialização dela. No segundo capítulo, é apresentado um panorama da pandemia da Covid-19 no Brasil, destacando os recentes números e dados da vacinação. No terceiro e último capítulo, é feita uma análise do caso ocorrido em Guaxupé- MG, onde se pleiteava em juízo a aplicação da terceira dose do imunizante contra o novo coronavírus.

Metodologia

A pesquisa se utilizou de uma metodologia bibliográfica e documental. Utilizou-se uma literatura na seara constitucional para o desenvolvimento das bases do direito à saúde, bem como da judicialização da saúde. Dados oficiais, bem como os de sites de jornais, foram citados para uma maior compreensão dos fatos. Por fim, os dados relacionados ao processo foram mencionados para uma maior interação com as bases teóricas e os referenciais bibliográficos.

1. Uma análise do direito à saúde e da sua judicialização

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946 (OMS, 1946) conceitua a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Em conformidade com a referida Constituição, foi proclamada a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, que estabelece a saúde como um padrão de vida capaz de assegurar ao ser humano, e a sua família, saúde e bem-estar. Desse modo, o conceito de saúde adotado nos documentos internacionais de direitos humanos abrange do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença ao direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana (DALLARI, 2003, p.47).

A Constituição Federal do Brasil de 1988, em consonância com os diplomas supracitados, incorpora a conceituação da saúde e assegura, dentre o rol de direitos sociais inseridos no art. 6, da CF/88, o direito à saúde. Trata-se, nos termos do art. 196 da CF/88, de um direito público, fundamental, subjetivo, de todos e dever do Estado. Como delinea o Supremo Tribunal Federal (STF), o direito à saúde é uma prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço (BRASIL, 2010).

O acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde devem promover, proteger e recuperar a saúde por intermédio de políticas sociais e econômicas universais, integrais e igualitárias desenvolvidas pelos entes da federação, através de uma rede regionalizada e hierarquizada (BRANCO; MENDES, 2014). Surge, portanto, o Sistema Único de Saúde (SUS), um sistema universal e igualitário, que garante a integralidade do atendimento com descentralização das responsabilidades e participação da comunidade (art. 198, CF/88).

A organização da estrutura e do funcionamento do SUS estão melhor delineados na Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). Dentre as atribuições desse sistema de saúde, presentes na referida lei, está a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de saúde (art. 6, VI). O SUS é responsável também, através do Ministério da Saúde, pela elaboração do Programa Nacional de Imunizações, que definirá as vacinações (art. 3º, *caput*, da Lei nº 6.259 de 1975) com o fito de promover e proteger a saúde.

Os avanços nas ações e serviços públicos de saúde, a partir do marco constitucional de 1988, possibilitaram a inclusão de brasileiros que outrora não tinha acesso à saúde. No entanto, o direito fundamental à saúde, como visto anteriormente, é suscetível aos desígnios da administração pública sendo, portanto, dependentes de políticas públicas, entendidas como um sistema de decisões públicas que visa ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos (SARAIVA; FERRAREZI, 2006, p.29).

Tais direitos dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação (BRANCO; MENDES, 2014, p.627). Não obstante, as conquistas sociais surgem com vício de origem, pois as diretrizes existentes na Constituição não foram acompanhadas de garantias orçamentárias para seu desenvolvimento na prática institucional, o que ocasiona um *apartheid* na saúde, entre quem pode pagar uma saúde privada e quem não pode (SANT'ANA, 2017).

A existência de um abismo entre a construção de um Estado Social, efetivado no Brasil em 1988, e a realidade do SUS, provoca um cenário de exclusão, em meio a um sistema que deveria ser inclusivo, o que motiva milhares de usuários, que obtiveram a negativa por parte da administração pública, a buscarem as soluções para os seus pleitos perante o Poder Judiciário. A judicialização das demandas de saúde surge diante da ausência de uma política pública de saúde, ou até mesmo da deficiência da política existente, o que dificulta o acesso integral e gratuito dos usuários do SUS a esse direito fundamental. Dessa forma, o Judiciário é chamado a efetivar direitos e, em muitas situações, a intervir na política pública. Assim,

A judicialização da saúde é compreendida como o incremento gradual e significativo de ações judiciais para a obtenção, por meio do Poder Judiciário, de medicamentos, insumos e outros produtos de interesse da saúde, além de procedimentos terapêuticos ambulatoriais e hospitalares, nem sempre de acordo com o que está previsto na política pública. (MAPELLI JR, 2017, p. 03)

Em contraponto, cabe um destaque por meio dos que questionam os limites de atuação do Judiciário e a ausência de critérios objetivos nas decisões. Estes, são contrários à atuação proativa do Poder Judiciário

nas questões de saúde e apontam ser a atuação mais incisiva deste Poder um óbice ao planejamento da administração pública, provocando, com isso, uma desestabilização do orçamento e uma quebra da padronização do sistema mediante decisões sem a observância dos padrões de política pública. Assim, o Poder Público e aqueles que se apresentam contrários à judicialização apontam no sentido que

a judicialização excessiva e patológica, de forma desmesurada e descontrolada, mostra-se prejudicial ao interesse público, uma vez que pode desestabilizar o orçamento e o funcionamento administrativo de órgãos públicos, e ao próprio direito que se visa proteger, o direito à saúde, ante o risco de difundir na opinião pública a esperança de que o Estado provê algo que pode não funcionar como espera (SANTOS *in* BUCCI, 2017, p.173).

Outro ponto de destaque é que, apesar da omissão da administração pública em muitos momentos e da possibilidade de interferência do Judiciário na política pública, o acesso à justiça, nesses casos de judicialização, não abrange a todos os usuários. Somado a isso, muitas decisões proferidas nos tribunais podem privilegiar indivíduos em detrimento do coletivo, a ausência de critérios técnicos e de parâmetros para as decisões podem agravar mais ainda o abismo existente na esfera da saúde pública, acentuando a exclusão de muitos que não conseguem chegar aos tribunais em busca da concretização de seus direitos e em detrimento de uma classe com nítida percepção dos direitos que lhe são assegurados (FONSECA, 2014, p. 40).

Em contraposição àqueles que são contrários à judicialização, outros apontam no sentido que a inércia do Judiciário diante da omissão do poder público é um óbice à efetivação do direito à saúde. Isto é, não é competência do Judiciário a execução de políticas públicas, entretanto cabe a ele julgar as omissões do Executivo e do Legislativo, pois o direito subjetivo do indivíduo não deve deixar de ser atendido quando um dos poderes não cumpre uma de suas funções e mesmo que o impacto econômico das decisões judiciais sobre o orçamento esteja em evidência, ele não pode ser discurso contrário à judicialização (BRITO *in* BUCCI, 2017).

2. A pandemia da covid-19 e o processo de vacinação

No Brasil, o primeiro caso da covid-19 foi detectado na cidade de São Paulo, em fevereiro de 2020. Desde então, o número de casos não parou

de crescer. A aprendizagem necessária e as iniciativas de emergência para o enfrentamento da covid-19 são tão complexas quanto o seu comportamento biológico, a sua distribuição e os seus impactos sociais (COHN; PINTO *in* LAMY et.al., p.67).

No caso brasileiro, o país conta com um fator altamente positivo: a existência de um sistema de saúde público e universal, fato nada trivial no âmbito global, em se tratando de uma nação com mais de 211,8 milhões de habitantes, segundo dados do IBGE de 2020³. Ainda assim, os desafios no enfrentamento da pandemia num país de dimensões continentais e com uma realidade marcada por desigualdades sociais de toda ordem, desde renda, gênero, raça, etnia, que se traduzem em desigualdades nas condições e qualidade de vida dos seus cidadãos, são imensos (COHN; PINTO *in* LAMY et.al., p.67).

Visto os dados da pandemia, bem como os dados apresentados pela ciência, foi necessária a elaboração de uma estratégia com dois objetivos: (1) não sobrecarregar os sistemas de saúde (laboratórios, leitos hospitalares, leitos de UTI, respiradores, insumos de urgência, profissionais de saúde etc) e (2) dar mais tempo para a ciência desenvolver vacinas como estratégias de prevenção (MESQUITA *in* LAMY et.al., p.179).

Durante todo o ano de 2020, perpassando pelo atual ano (2021), muitas discussões foram levantadas acerca de tratamentos que pudessem barrar o crescimento dos casos e dos óbitos referentes ao novo coronavírus. Apesar de todas as discussões acerca de possíveis tratamentos e medicamentos preventivos, a vacinação se apresentou como o caminho mais adequado para a diminuição dos casos e dos óbitos relacionados a covid-19, somada as regras de distanciamento, uso das máscaras e higienização das mãos.

A vacinação, além do já exposto, ajuda na manutenção do regular funcionamento dos serviços de saúde e da prestação dos serviços essenciais, fomentando, inclusive, a volta gradativa de todas as atividades. Para isso, uma escala de vacinação foi estabelecida no país, Nessa escala, priorizou-se as pessoas dos grupos de risco (idosos, profissionais da saúde e trabalhadores de serviços essenciais, por exemplo), divididas em muitas fases.

3 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28668-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2020>. Acesso em 13 ago.2021.

O Brasil, até o momento, conta com a disponibilidade de quatro tipos de vacina: a Coronavac, a Oxford/Astrazenica, a Pfizer e a Jansen. Todas, segundo os dados publicizados, apresentam o seu grau de eficácia no combate aos efeitos nocivos do novo coronavírus, além de serem devidamente aprovadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA.

O primeiro relato de vacinação contra covid-19 no país foi noticiado no dia 17 de janeiro de 2021. Trata-se do caso de uma enfermeira de São Paulo que recebeu a primeira dose da Coronavac, após a aprovação pela Anvisa do uso emergencial de duas vacinas: a Coronavac, do laboratório chinês Sinovac em parceria com o Instituto Butantan, e o da Astrazeneca/ Universidade de Oxford, elaborada em parceria com a Fundação Oswaldo Cruz.

De janeiro até o momento, os brasileiros passaram a ser contemplados com as doses dos imunizantes disponíveis. Atualmente, são mais de 162 milhões de vacinados, sendo pouco mais de 113 milhões de pessoas que receberam a primeira dose, cerca de 53,6% da população, e pouco mais de 49 milhões de pessoas que receberam a segunda dose ou dose única, cerca de 23,15% da população⁴.

Com o avanço do processo de vacinação, uma outra questão passou a ganhar destaque: o reforço da vacinação por meio de uma terceira dose do imunizante. Isso se deve a fatores como a queda da eficácia da vacina ao longo do tempo e as novas variantes do novo coronavírus. Países como Israel e Chile, em fases avançadas da vacinação, começaram a aplicar uma dose de reforço. Os Estados Unidos, mais recentemente, por meio da FDA, autorizaram a aplicação de uma terceira dose da Pfizer e da Moderna em pessoas imunossuprimidas e que receberam transplantes de órgãos.

Cabe, contudo, destacar que a Organização Mundial da Saúde, OMS, é contra essa medida. A mesma solicitou a interrupção da aplicação das doses de reforço, sob o argumento de que pesquisas ainda estão em fase de andamento, bem como o foco deve ser o de acelerar a vacinação nos países pobres. Somado a isso, observa-se um fenômeno que começa a ganhar contornos práticos: o da judicialização da vacinação contra covid-19, com destaque para o pleito da terceira dose do imunizante. O próximo capítulo fará uma análise de um caso ocorrido em Guaxupé, Minas Gerais.

4 Disponível em: <https://especiais.g1.globo.com/bemestar/vacina/2021/mapa-brasil-vacina-covid/> Acesso em 13 ago. 2021.

3. Uma análise acerca do caso de Guaxupé/MG

No dia 17 de junho de 2021, a 2ª Vara Cível da Comarca de Guaxupé, município localizado no sul de Minas Gerais, concedeu um pedido de tutela de urgência antecedente em desfavor do Município de Guaxupé, determinando que a Secretaria Municipal de Saúde, no prazo de 24 horas, providenciasse uma terceira dose da vacina contra Covid-19 a um idoso já vacinado com a primeira e a segunda dose da Coronavac, vacina fabricada pela empresa chinesa Sinovac em parceria com o Instituto Butantan do estado de São Paulo. O juiz da referida vara entendeu que cabe ao Judiciário intervir na política pública e determinar que a administração pública tome medidas para assegurar o princípio da eficiência e da confiança legítima quando o direito à saúde estiver deixando de ser efetivado.

O idoso de setenta e cinco anos de idade é portador de hipertensão e cardiopatia e, por tais condições, está inserido no grupo de risco e no grupo prioritário para a vacinação, conforme determina o Ministério da Saúde através do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19 (BRASIL, 2021). Em março de 2021, o idoso foi vacinado com primeira dose da Coronavac e completou o ciclo vacinal em abril do mesmo ano, cumprindo com o intervalo recomendado entre a primeira e a segunda dose que é entre 14 a 28 dias, conforme determina o Programa Nacional de Imunizações (BRASIL, 2021).

Quarenta dias após a imunização completa, o idoso foi submetido a um teste de sorologia com fito averiguar a presença de anticorpos capazes de neutralizar a entrada do vírus nas células. O resultado apresentou anticorpos IgG inferiores a 20%, o que ensejou um laudo médico atestando que a vacina não haveria imunizado o idoso e que ele necessitaria, portanto, de uma nova vacinação com uma vacina diferente daquela que fora imunizado, com exceção da vacina da AstraZeneca devido ao risco de trombose. O idoso buscou a Secretaria de Saúde, mas obteve uma resposta negativa, conforme os fatos apresentados na sentença.⁵

O direito à saúde é, sobretudo, uma prerrogativa constitucional indisponível que impõe uma atuação positiva do Estado com o intuito de prover ações e serviços de saúde, mediante políticas públicas. Portanto, as falhas

5 Disponível em: <https://pje.tjmg.jus.br:443/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=21071710413621800004653265373> Acesso em: 09 ago. 2021

e omissões da Administração na política pública devem e sempre poderão ser corrigidas pelo Poder Judiciário. Desse modo, cabe ao Judiciário

julgar as omissões do Executivo e do Legislativo. Esta é uma das formas de controle do poder pelo poder. Porque o direito subjetivo do indivíduo não deve deixar de ser atendido quando um dos poderes não cumpre uma de suas funções. Não há dúvida que surgirão consequências, contudo, essa atuação do Poder Judiciário é imprescindível para que prevaleça o princípio republicano, reitor do ordenamento jurídico nacional (BRITO *in* BUCCI, 2017, p. 204).

Essa atuação deve ocorrer, contudo, baseada em critérios racionais e articulados entre os poderes envolvidos para que o direito à saúde seja efetivado com segurança, eficiência, economicidade e transparência (AITH, 2017, p.133). Nesse sentido, a atuação judicial na política pública deve ocorrer apenas diante de casos de omissão, de violações de regras constitucionais nas políticas e de falhas do Poder Público na efetivação do direito fundamental à saúde. Em síntese, ela deve ocorrer em casos excepcionais (STRECK, 2013).

O teor da sentença é baseado em critérios questionáveis, apresentando, com isso, elementos contraditórios. Observa-se a decisão que, num primeiro momento, foi baseada no laudo médico e no referido exame, com a argumentação de que a vacinação submetida ao idoso foi ineficaz na imunização, o que ensejaria uma nova dose do imunizante. No entanto, em momento posterior, a decisão põe em dúvida a confiabilidade dos testes sorológicos para medir o nível de anticorpos após a vacinação, ao pontuar a ausência de validação por entidades e especialistas em saúde pública.

A Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) já havia alertado que não existe, até o momento, uma definição sobre a quantidade mínima de anticorpos neutralizantes para conferir proteção imunológica contra infecções, reinfecções e formas graves da Covid-19. Sendo assim, os testes sorológicos não conseguem medir a eficácia do imunizante recebido e, conseqüentemente, não comprovam a proteção da vacina, conforme Nota Técnica 33/2021⁶. A FDA, correspondente à Anvisa nos Estados Unidos, também recomendou que os testes não fossem usados para avaliar o nível

6 Disponível em: <https://sbim.org.br/images/files/notas-tecnicas/sei-anvisa-1388540-nota-tecnica.pdf> Acesso em 10 ago. 2021

de imunidade ou proteção de uma pessoa contra Covid-19 depois que a pessoa recebesse a dose do imunizante.⁷

Em conformidade com a Anvisa, Sociedade Brasileira de Imunizações (SBIm) emitiu uma Nota Técnica, publicada em 26/03/20218, no qual não recomenda a realização de sorologia para avaliar resposta imunológica às vacinas contra Covid-19. Mesmo que os testes neutralizantes indiquem qual proporção de moléculas capazes de neutralizar a entrada do vírus nas células, não existem evidências sobre a quantidade de anticorpos neutralizantes que se associa com a proteção clínica. Portanto, o referido laudo médico carece de comprovação científica.

Quanto à recomendação das autoridades competentes e da comunidade internacional para aplicação da terceira dose, foi observado na sentença do caso ocorrido em Guaxupé-MG que não há diretrizes nesse sentido, contudo o pleito do idoso não foi rechaçado. A secretária extraordinária de Enfrentamento à Covid-19 do Ministério da Saúde, Rosana Leite, informou haver estudo no Ministério sobre terceiras doses, mas não recomendou a aplicação de uma terceira dose – ou dose de reforço – de qualquer vacina no Brasil, em conformidade também com a Nota da Anvisa que confirma não haver estudos conclusivos sobre a necessidade de uma terceira dose.⁹ Portanto, a padronização em Informes Técnicos, recomendações e, principalmente, no Plano Nacional de Operacionalização da vacinação contra a Covid-19 ao contrário de restrição de direitos, tem caráter organizacional e propicia a unidade ou unicidade das ações e serviços públicos de saúde (MAPELLI JR, 2017, p. 55). Critérios, portanto, que merecem ser observados nas decisões, uma vez que estabelecidos e revestidos de juridicidade.

O Ministério Público de Minas Gerais, bem como a Prefeitura de Guaxupé-MG, recorreu da sentença, pleiteado a suspensão da mesma sob a alegação de que foi baseada em exame laboratorial inidôneo e parecer

7 Disponível em: <https://www.fda.gov/medical-devices/safety-communications/anti-body-testing-not-currently-recommended-assess-immunity-after-covid-19-vaccination-fda-safety> Acesso em: 11 ago. 2021

8 Disponível em: <https://sbim.org.br/images/files/notas-tecnicas/nota-tecnica-sbim-sorologia-pos-vacinacao-210326> Acesso em: 10 ago. 2021

9 Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-da-saude-nao-recomenda-terceira-dose-de-vacinas-contracovid-19,70003790326> Acesso em: 09 ago. 2021

médico desprovido de comprovação científica. O desembargador da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais suspendeu os efeitos da liminar que havia determinado que o idoso fosse submetido a uma nova vacinação contra Covid-19. Em decisão, foi alegada a insuficiência de um atestado médico para concessão da nova vacinação, defendendo a prevalência da recomendação da Anvisa e dos demais órgãos competentes. Em conformidade com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MPMG), o decisão destacou que a decisão poderia convulsionar o Plano Nacional de Imunização e a priorização de grupos populacionais para a vacinação presente também no Plano Estadual de Imunização, o que certamente provocaria um retrocesso ao andamento da vacinação no Brasil.¹⁰

Para além dos argumentos apresentados pela decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cabe destacar que alguns critérios precisam ser levados em consideração para casos semelhantes a esse. Os respaldos científicos fazem parte desse critério. Contudo, é preciso o olhar do todo, uma visão estrutural. A razoabilidade deve se fazer presente nessa conjuntura. Conforme destaca José dos Santos Carvalho Filho (2021, p. 43), a razoabilidade demonstra a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis. Não é razoável conceder uma terceira dose e, conseqüentemente, um outro ciclo vacinal a alguém, tendo em vista que, segundo dados já apresentados, apenas 23,15% da população brasileira recebeu a segunda dose ou a dose única, ou seja, apenas essa parcela da população está totalmente imunizada.

O Poder Judiciário deve manter permanentemente o zelo aos direitos fundamentais, impondo, sempre que houver omissão ou deficiência da política, uma atuação positiva por parte do Estado. No entanto, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem (seja quando negarem) um direito subjetivo a determinada prestação social, sem que tal postura venha a implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e ao princípio da separação dos poderes (FIGUEIREDO; SARLET, 2007). A judicialização da saúde apresenta traços de uma trajetória constante e abrangente, a exemplo dos recentes casos relacionadas à Covid-19. Para além de uma busca ao Judiciário, é fundamental que as políticas públicas de saúde sejam discutidas e,

10 Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/saude/desembargador-suspende-terceira-dose-de-vacina-guaxupe-22072021>

principalmente, desenvolvidas pelas esferas competentes à proteção desse direito fundamental.

Considerações finais

O direito à saúde, como direito fundamental social, tem levado parte de parcela da população a uma busca constante ao Poder Judiciário, visando a efetivação desse direito. O hiato observado entre a previsão constitucional e a realidade nas mais diversas camadas da sociedade tem apresentado uma intensificação da tutela desse direito por meio do Judiciário, configurando o fenômeno da judicialização.

É salutar afirmar que, mesmo com o fenômeno da judicialização, a solução adequada para o acesso à saúde e à justiça se dá por meio da implementação de políticas desenvolvidas pelas esferas públicas competentes para tanto. A pandemia da Covid-19, para além das questões e crises sanitárias, se apresenta como mais um componente da judicialização da saúde, a exemplo da vacinação contra o novo coronavírus.

O caso ocorrido em Guaxupé, Minas Gerais, para além dos argumentos da defesa do idoso, ou seja, do direito a uma terceira dose do imunizante, é fundamental que seja estabelecida uma ampla política de comunicação e de publicidade dos efeitos das vacinas disponíveis no país. Essa “guerra” dos discursos da eficácia dos imunizantes tem levado a uma desenfreada desconfiança por parte de parcela da sociedade.

É preciso que as decisões levem em consideração os dados concretos e disponíveis por parte da ciência, das pesquisas. Não há, até o momento, dados mais amplos e concretos acerca dos resultados práticos da aplicação de uma terceira dose da vacina contra a Covid-19. Somado a isso, as decisões precisam levar em consideração o atual contexto da distribuição das vacinas em território nacional. Não é razoável que seja concedida uma terceira dose da vacina quando (a) inexistem dados científicos concretos sobre a sua eficiência e (b) a grande parcela população sequer recebeu a segunda dose do imunizante.

Referências

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Efetivação do direito à saúde em seus múltiplos caminhos. Novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas

(Org.). **Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, p.114-133, 2017.

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. Brasília, DF, 1975. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6259.htm. Acesso em: 11 ago. 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, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 13 maio. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a covid-19.** 9ª. ed. Brasília, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 734487 – Agr. Rel. Min. Ellen Gracie. Julgamento em 03 ago. 2010. Publicação em: 20 ago. 2010.

BRITO, Patricia Ribeiro. **Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da Audiência Pública de saúde.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). **Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo.** 1ed. São Paulo: Saraiva, p. 203-239, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 35. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário.** In: BRASIL. **Direito sanitário e saúde pública** / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iório Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Direitos Fundamentais & Justiça. n. 1, out/dez, 2007.

FONSECA, Claudia de Oliveira. **O ativismo judicial e a prática dos diálogos institucionais no âmbito da concretização do direito à saúde.** Brasília, 2014.

HIRSCHL, Ran. **The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide.** Fordham Law Review, New York, v. 75, n.2, p. 721-753, nov.2006.

MAPELLI JR, Reynaldo. **Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública.** 1. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

LAMY, Marcelo. et. al. **Direito da Saúde na Era Pós-Covid.** São Paulo: Almedina, 2021.

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

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946.** USP. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 13 maio. 2020.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **A Judicialização como Instrumento de Acesso à Saúde: proposta de enfrentamento da injustiça na saúde.** 2017.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **O caso da fosfoetanolamina sintética. Judicialização com riscos à saúde.** In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Org.). **Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo.** 1ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 139-173.

SARAIVA, Enrique. FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas Públicas.** Coletânea. v.1. Brasília: ENAP, 2006.

STRECK, Lênio Luis. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



SELEÇÃO DE PRÉ-EMBRIÃO POR SEXO CROMOSSÔMICO CONFORME A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Carolina Neiva Domingues Vieira de Rezende¹

Resumo

O presente trabalho interpretou as normas que tratam da seleção de pré-embrião, especificamente em relação à seleção de sexo cromossômico, nos casos em que uma doença de origem genética esteja relacionada ao sexo – quando, então, o pré-embrião é selecionado negativamente (ou seja, selecionado para não ser implantado no útero materno). Como forma de interpretação das normas, adotamos a máxima da proporcionalidade proposta por Alexy, em especial quanto aos aspectos fáticos dessa seleção pelas máximas parciais da adequação e da necessidade. Para isso, serão analisados os riscos e benefícios dessa técnica e se se justifica frente a alguma outra tecnologia que poderia ser adotada.

Palavras-chave: seleção, embrião, sexo, doença.

1 Mestre em Direitos Humanos, ênfase em Ética Biomédica, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). cneivarezende@gmail.com

Introdução

Em regra, não se admite a seleção de pré-embrião pelo sexo cromossômico ou qualquer outra característica no futuro filho. Documentos elaborados pelo Conselho Federal de Medicina, porém, excepcionam essa proibição quanto aos pré-embriões com doença genética (quanto ao sexo, desde que relacionada a esse).

Diante da realidade técnica e científica que viabiliza a seleção de pré-embrião para posterior implantação no útero, porém, cabe discutir alguns aspectos da ética biomédica e alguns limites no campo jurídico em relação a esse procedimento. Aqui, o faremos adotando a máxima da proporcionalidade como método de interpretação das normas.

Metodologia

A metodologia utilizada foi a da pesquisa bibliográfica do tipo descritivo-exploratória, por meio do método hipotético-dedutivo. Os artigos estudados e tidos como base são produto de pesquisas nas áreas de direito, medicina, bioética e antropologia. Além disso, utilizou-se documentos elaborados pelo Conselho Federal de Medicina para análise de seus textos.

Resultados e discussão

No Brasil, a regra prevista no Código de Ética Médica determina que o médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com o objetivo de criar embriões para escolha de sexo (art. 15, §2º, III²). Contudo, muitos países, inclusive o Brasil, admitem a seleção de sexo quando fundamentada em razões médicas, ou seja, quando se pretende evitar doença relacionada ao sexo.

Os procedimentos de reprodução humana medicamente assistida que admitem o uso de teste pré-implantação são a fertilização *in vitro* e a injeção intracitoplasmática.

2 Art. 15, §2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

III - criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

A fertilização *in vitro* consiste na colocação, em ambiente laboratorial, de um número significativo de espermatozoides ao redor do ovócito, com o objetivo de obter pré-embriões de boa qualidade – que serão, posteriormente, transferidos para a cavidade uterina.

A injeção intracitoplasmática de espermatozoides (*Intracytoplasmatic Sperm Injection*, ICSI) é uma técnica que, com auxílio de micromanipuladores unidos ao microscópio, injeta um único espermatozoide no interior do ovócito, fomentando assim a fecundação. Esse procedimento é feito em uma placa de Petri com duas micropipetas, uma para segurar o ovócito e a outra para pegar o espermatozoide, imobilizá-lo e, ultrapassando a zona pelúcida³, injetá-lo no interior do ovócito. Os pré-embriões resultantes são implantados no útero por meio das mesmas técnicas da fertilização *in vitro* descritas anteriormente. (HFEA, 2016). Como é necessário um único espermatozoide saudável que será diretamente inserido no ovócito, é indicado para dificuldades de reprodução relacionadas à infertilidade masculina – por questão de mobilidade reduzida do espermatozoide, da quantidade reduzida de espermatozoides no material ejaculado, da baixa percentagem de espermatozoides com morfologia normal (MOORE, 2016).

Como a fertilização de ambos os procedimentos é realizada em ambiente externo ao corpo materno, é necessário que os gametas sexuais – ou seja, os espermatozoides e os ovócitos – sejam coletados. Os espermatozoides normalmente são obtidos após uma coleta por masturbação assistida. Após essa coleta, os espermatozoides serão submetidos a um tratamento prévio, em meio de cultura especial, para que sejam escolhidos os melhores em termos de motilidade e forma. No caso da fertilização *in vitro*, do total de espermatozoides coletados são selecionados cerca de 50 a 100 mil, com mobilidade progressiva rápida, para serem colocados ao redor de cada ovócito. no caso da injeção intracitoplasmática do espermatozoide, um único espermatozoide será selecionado para ser introduzido diretamente no ovócito. Passadas 16 a 18 horas, os ovócitos são observados para identificar o estado de fecundação e eventual progressão até o estágio de pré-embriões, quando serão, enfim, transferidos para a cavidade uterina (QUEIROZ, 2013).

3 Grossa camada que envolve o óvulo, funcionando como uma barreira que permite que apenas gametas masculinos da mesma espécie consigam penetrar o óvulo e que, após o primeiro espermatozoide ali adentrar, outros não o façam.

A coleta dos ovócitos, contudo, é mais complexa e invasiva, pois é necessário que haja uma prévia estimulação ovárica através de medicamentos e um acompanhamento médico regular, que envolve a realização de exames de ultrassom transvaginal e a aplicação de dosagens hormonais seriadas. Quando dois ou mais folículos atingem determinado volume, desencadeia-se o processo de maturação dos ovócitos pela administração de hormônios. Atingido o ponto de maturação ovocitária, a coleta dos ovócitos será programada após 34 a 36 horas e ocorrerá por meio de aspiração com uma agulha especial. Os ovócitos obtidos serão encaminhados ao laboratório de embriologia para serem classificados e ambientados em um meio de cultura especial, sob condições de temperatura e pressão constantes. Entre 2 e 4 horas depois de ambientado nessa estufa, os ovócitos estão prontos para a fertilização.

Como qualquer intervenção médica, os procedimentos de estimulação ovariana, coleta de ovócitos, fertilização e implantação dos pré-embriões também envolvem riscos.

Bry-Gauillard *et al.* (2000) apontam para o fato de os efeitos adversos do procedimento não serem perfeitamente descritos, uma vez que poucos trabalhos científicos descrevam os riscos de forma mais clara, especialmente no longo prazo. A complicação mais documentada nesse tipo de tratamento é a Síndrome da Hiperestimulação Ovariana (SHO), uma resposta exacerbada dos ovários ao estímulo hormonal que resulta em um número grande de oócitos e pode levar a quadros graves e, em casos extremos, até a morte. Segundo Cambiaghi (s.d.), casos leves têm frequência de até 20%; moderados, de 3-6%; sua forma mais severa, entre 0,5% e 2% dos ciclos de estimulação ovariana. A mortalidade é de cerca de três óbitos a cada 100 mil ciclos. Cerca de 10% dos ciclos são cancelados pelo risco de SHO. Luna (2008) observa que, embora as complicações não sejam muito frequentes, são suficientemente severas para que se evite o procedimento quando possível.

O processo de transferência de pré-embriões para o útero não garante que as etapas seguintes de desenvolvimento fetal ocorrerão. Assim, como uma forma de aumentar a chance de gerar pelo menos um filho após realizado o procedimento de reprodução medicamente assistida, geralmente é feita a transferência de mais de um pré-embrião para o corpo materno. Nunes (2017) observa que, em uma gravidez natural, a probabilidade de gravidez múltipla é de 1%, ao passo que, com o recurso às técnicas de reprodução medicamente assistidas, essa probabilidade

aumenta para cerca de 20%. Segundo resultados coletados por Rodrigues *et al.* (2005) em um hospital em Coimbra, Portugal, por um período de quinze anos – entre janeiro de 1987 e dezembro de 2001 –, a taxa de gestação múltipla aumentou com o contributo das técnicas de reprodução medicamente assistida.

As gestações múltiplas, porém, têm riscos significativamente maiores do que as gestações singulares para a maioria das complicações maternas e neonatais e, por isso, são consideradas gestações de risco. O risco de complicações é tanto maior quanto maior o número de fetos (LUKE; BROWN, 2008). Nas gestações múltiplas, por exemplo, observa-se maior possibilidade de alterações hipertensivas da gravidez e a restrição de crescimento intrauterino – que contribui para o baixo peso entre os recém-nascidos gemelares (RODRIGUES *et al.*, 2005).

A complicação mais frequente nas gestações múltiplas, contudo, é a ameaça de parto pré-termo. O nascimento que ocorre antes da 37ª semana é considerado um nascimento prematuro (ou parto pré-termo), indicando cuidados extras com o recém-nascido devido a complicações associadas a um nascimento antecipado, o que inclui pulmões imaturos, dificuldade de regular a temperatura corporal, dificuldade de se alimentar e ganho de peso lento (Rodrigues *et al.*, 2005). Enquanto o tempo médio de uma gestação é de 40 semanas, no hospital em que os autores realizaram a pesquisa, no período de 1999 a 2001, o parto gemelar ocorreu com a média de 34,2 semanas – a idade gestacional ao nascer foi menor entre os partos de (tri e quadri) gêmeos.

Para minimizar o risco de parto pré-termo, seria necessário que fosse transferido apenas um pré-embrião ao útero materno. Contudo, a probabilidade de uma gestação chegar a termo nesse caso seria relativamente baixa, pois a taxa de implantação média em uma mulher com idade inferior a 35 anos – considerada de baixo risco – é de 36,8% (COHEN *et al.*, 2012), ou seja, mesmo no grupo em que o prognóstico é favorável, a maioria dos embriões não se fixa no útero. Realizar um novo procedimento quando a gestação não vingasse significaria submeter as mulheres aos riscos citados anteriormente (além do alto custo financeiro que envolveria um novo tratamento de fertilização), de forma que os médicos preferem transferir mais de um pré-embrião para aumentar as chances de resultar em uma gravidez fazendo um único procedimento.

Na prática médica, na pesquisa e na saúde pública é reconhecido que os riscos de danos apresentados por intervenções devem ser sopesados com os possíveis benefícios para os pacientes diretos e indiretos e até

para a sociedade. O grau de risco aceitável, assim, deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador ou o profissional da saúde se propõe a resolver, por meio de um balanceamento entre risco e benefício.

A fim de serem respeitados os princípios da ética biomédica e os direitos fundamentais dos envolvidos, a Resolução CFM n. 2.294/2021, ao dispor sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução medicamente assistida, estabelece, como forma de maximizar as chances de se ter uma gestação que chegue a termo, minimizando o risco de uma gestação múltipla (especialmente de trigêmeos ou quadrigêmeos), um número máximo de embriões a serem transferidos, de acordo com a idade⁴.

Esse mesmo documento ressalta que, em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibido utilizar procedimentos que visem à redução embrionária⁵ – evitando-se, assim, que fosse realizada a transferência de pré-embriões em número superior ao indicado para, posteriormente, a mulher precisar se submeter a mais uma intervenção médica, dessa vez para retirar o(s) embrião(s) excedente(s).

Negar a possibilidade de realizar um procedimento de fertilização medicamente assistida, sendo este um procedimento seguro e eficaz, ou impor que apenas um pré-embrião seja implantado, mesmo diante de dados que demonstram um índice de menos de 50% de uma gravidez vir a termo nesse caso, seria agir segundo ideias paternalistas que ignoram a autonomia da mulher para decidir acerca de um procedimento que incidirá sobre seu corpo. Porém, os possíveis efeitos danosos a terceiros (filhos) e o equilíbrio da relação risco- benefícios própria das ações médicas justificam a imposição de um limite numérico de pré- embriões que podem ser implantados no útero materno, deixando, ainda, uma margem em que a paciente pode decidir de forma autônoma.

4 “7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 37 (trinta e sete) anos: até 2 (dois) embriões; b) mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos: até 3 (três) embriões; c) em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético: até 2 (dois) embriões, independentemente da idade; e d) nas situações de doação de oócitos, considera-se a idade da doadora no momento de sua coleta.”

5 “8. Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.”

Para resolver casos em que haja conflito jurídico em colisão de direitos – comum no Direito Biomédico, por conta do crescente aumento da tecnologia e suas inovações na vida humana que a lei geralmente não consegue acompanhar com a mesma rapidez e dinamicidade –, adotamos a técnica da ponderação proposta por Alexy como uma forma de interpretar as normas de direitos fundamentais.

Conforme leciona Alexy (2017), *direito fundamental*, *norma de direito fundamental* e *disposição de direito fundamental* não são figuras jurídicas idênticas. Embora essas três noções estejam estreitamente interligadas, trata-se de categorias autônomas, conforme logo se verificará.

Norma é o conjunto de significados que se extrai do enunciado jurídico, o qual pode ser formulado com o auxílio das modalidades básicas do dever, da proibição ou da permissão. Por conseguinte, *norma de direito fundamental* é o significado atribuído aos dispositivos de direito fundamental. Já os *dispositivos de direito fundamental* são os enunciados que veiculam os direitos fundamentais, e podem ser descritos como os conjuntos de signos escritos que se encontram no texto constitucional ou em suas reproduções (ALEXY, 1997; PEREIRA, 2018). Para Alexy (2017), toda norma é ou uma regra, ou um princípio (ou ambos). Isso porque tanto uma como outro dizem o que deve ser, podendo ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. A distinção entre as regras e os princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.

As regras, na definição de Alexy, são imperativos determinados, ou seja, normas dotadas de estrutura fechada, que contenham determinações no âmbito do fática e juridicamente possível, e que, por isso, só podem ser cumpridas ou não – se uma regra é válida, deve-se fazer o que ela exige, “nem mais, nem menos” (p. 91).

Os princípios, diversamente, caracterizam-se por ostentar conteúdos mais abertos. Eles dizem respeito a um “dever-ser ideal” (p. 139). Por esse motivo, a existência de princípio não implica que seu conteúdo seja aplicado em toda a extensão, mas, sim, que seja aplicado da melhor forma possível. São, assim, comandos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus.

A noção de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus liga-se ao entendimento de que se trata de comandos *prima facie* – ou seja, desde que não intervenham restrições – e não de comandos definitivos.

Os princípios são, então, espécie normativa prospectiva dotada de dimensão finalística, pois, ao promoverem uma aplicação gradual correspondente aos efeitos decorrentes dos comportamentos, determinam a realização de um fim juridicamente relevante. Portanto, não têm os princípios a pretensão de gerar uma solução específica, mas são normas que visam a contribuir com a elucidação do caso concreto, ao fundamentar axiologicamente a construção conceitual para a tomada de decisão. Para sua aplicação, é necessário avaliar a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (VELASQUEZ; SOUZA, 2020).

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se acaso for introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Isso porque o conflito entre regras se dá na dimensão da validade, e a validade jurídica não é graduável, ou seja, ou uma norma jurídica é válida, ou não é. Sendo ela válida e aplicável a um caso concreto, também sua consequência jurídica será válida. Não é possível, porém, que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si, sem a inclusão de uma cláusula de exceção, sejam válidos. Não sendo uma cláusula de exceção, então, deverá ser averiguada a validade de acordo com os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade (ALEXY, 2017; PEREIRA, 2018).

No caso de colisão entre princípios, contudo, a solução deve se dar de maneira diferente, vez que os princípios não se repelem, mas conjugam-se, harmonizam-se. Isso porque todos os princípios possuem abstratamente a mesma importância e, na hipótese de colisão entre eles, devem ser analisadas as condições fáticas e jurídicas do caso concreto para então decidir-se quanto ao que deva, naquele caso, prevalecer. Assim, se dois princípios colidem, um deles terá de ceder. Isso, contudo, não significa nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, sob determinadas condições, um dos princípios tem precedência em face do outro – sob outras, a questão pode ser resolvida de forma oposta.

A medida do cumprimento dos princípios depende das possibilidades fáticas e jurídicas. As possibilidades fáticas devem ser aferidas caso a caso, pois, ao contrário da solução adotada quando há conflito de regras (que se dá na dimensão de sua validade, adotando-se, portanto, a regra válida segundo os critérios já mencionados), na colisão de princípios a solução é dada na dimensão do valor. As possibilidades jurídicas da realização de um

princípio, por sua vez, estão determinadas não só pelas regras, mas essencialmente pelos princípios opostos.

A melhor maneira, então, de solucionar colisão de princípios é pela ponderação de interesses. A ponderação é um método de interpretação que viabiliza estabelecer as condições de precedência dos princípios em colisão.

Para Alexy (2017), a solução dessa colisão deve ser orientada segundo o entendimento de que a medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. Assim, quanto mais grave uma intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção.

Ao realizar a ponderação, portanto, será estabelecida uma relação de *hierarquia condicionada* entre as normas em conflito – condicionada, pois não redundando em uma solução que seja válida para todas as hipóteses de conflito entre os interesses em jogo, mas apenas para o caso analisado. Para que se aplique a mesma hierarquia, é necessário que se repitam as mesmas circunstâncias.

As condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, que expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente. A colisão entre os princípios, então, não será solucionada por meio da declaração de invalidade de uma das duas normas, mas por meio de sopesamento, no qual nenhum dos princípios pode pretender uma precedência geral.

As possibilidades fáticas de realização de um princípio, portanto, são aferidas por meio dos subprincípios da adequação e da necessidade. Já suas possibilidades jurídicas são dadas pela ponderação entre os princípios opostos, correspondendo à proporcionalidade em sentido estrito.

Pela máxima parcial da adequação, a medida restritiva de direitos deve ser idônea, eficaz e segura. A medida é considerada qualitativamente idônea quando instrumentalmente apta a favorecer a implementação de um fim perseguido e constitucionalmente legítimo. Determinado meio pode contribuir com maior ou menor eficácia e qualidade para a consecução da finalidade buscada; pode contribuir mais ou menos para a obtenção do fim (ou seja, viabilizar a implementação de um número maior ou menor de aspectos concernentes ao fim); pode, ainda, contribuir com maior ou menor segurança para alcançar a finalidade a que se propõe.

Contudo, para que uma medida seja considerada idônea, mesmo que contribua apenas parcialmente para a implementação do fim almejado, não é necessário que se demonstre sua plena eficácia para realizá-lo. Assim, para atender ao subprincípio da adequação, basta que o meio empregado colabore, de alguma forma, para alcançar o objetivo a que visa.

A máxima parcial da necessidade se pauta na noção de que, entre várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe ao legislador optar por aquela menos lesiva para os direitos. Pereira (2018) destaca que essa análise comporta uma comparação das repercussões negativas que, hipoteticamente, cada um dos meios em questão pode ocasionar para os direitos fundamentais.

Tal regra guarda semelhança com a noção de proibição de excesso, exigindo uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, a de que se eleja o menos gravoso para o direito afetado.

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, enfim, dita que os sacrifícios que a medida restritiva acarreta devem ser justificados pelo proveito que dela se obtém. Essa noção de proporcionalidade diz respeito, essencialmente, à análise da relação entre os fins visados pelas medidas restritivas e os meios por elas empregados.

Destaque-se que a análise de determinada medida por meio de todas as máximas parciais não é sempre obrigatória, pois a relação entre elas é subsidiária, ou seja, só se passa para o exame através da outra máxima parcial caso o princípio analisado passe pelo exame anterior. Assim, aferindo o intérprete que a norma não é adequada, não há razão para perseguir no estudo quanto a sua necessidade; da mesma forma, a norma apenas será submetida ao processo de sopesamento segundo a proporcionalidade em sentido estrito se tiver passado pelos testes de idoneidade e necessidade (ALEXY, 2017; PEREIRA, 2018).

Como a intervenção aqui abordada (procedimento de reprodução medicamente assistida) se revela adequada para o fim buscado (seleção de pré-embrião humano), a primeira das três etapas de verificação segundo a máxima da proporcionalidade vista no capítulo inaugural se vê preenchida. Passemos, então, à segunda, qual seja, a análise da necessidade da intervenção.

Embora a seleção de pré-embrião por sexo cromossômico seja idônea e eficaz, ou seja, cumpra a máxima parcial da adequação, o fim

almejado (nascimento de apenas um sexo) pode ser alcançado por um meio alternativo menos gravoso. Para isso, basta que a seleção seja realizada em momento anterior à fecundação, por um processo de criometria dos espermatozoides que permite selecionar o espermatozoide que contenha em si o cromossomo almejado (X, em caso de seleção feminina; ou Y, masculina).

Por meio desse método alternativo, então, é possível chegar ao mesmo resultado (garantia do sexo cromossômico do futuro filho) em momento anterior à fecundação, o que eliminaria discussões acerca da seleção de pré-embriões e, ainda, preveniria que a mulher fosse submetida a uma intervenção médica cujos efeitos a longo prazo são pouco conhecidos, bem como complicações materno-fetais decorrentes da maior probabilidade de a gestação ser múltipla.

Pela máxima parcial da necessidade deve-se adotar o meio menos gravoso para se atingir determinado fim. Há de ser feita, assim, uma análise em duas etapas: na primeira, por meio de uma comparação hipotética, serão investigados os meios alternativos para a consecução do fim almejado; na segunda, a análise se dará por meio da aferição da onerosidade do meio alternativo em comparação ao investigado.

Parece-nos, então, que, mesmo nos casos em que há uma doença relacionada ao sexo, a seleção de pré-embrião por sexo cromossômico de pré-embrião não atende à máxima parcial da necessidade, pois seria possível fazer essa seleção em momento anterior. Entendemos, inclusive, que o Código de Ética Médica e a Resolução CFM n. 2.294/2021 restringem a possibilidade de seleção, o que se conclui após leitura atenta desses documentos e da interpretação de seu conteúdo, conforme a seguir se explica.

O item 5 dos Princípios Gerais das Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, da Resolução CFM n. 2.294/2021, assim dispõe: “As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente” [grifo nosso].

O Código de Ética Médica, em seu Capítulo III, que trata acerca da responsabilidade profissional, dispõe que é vedado ao médico:

art. 15, §2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:
[...]

III - criar embriões *com finalidades de escolha de sexo*, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras [grifo nosso].

Pela leitura conjugada dos dois documentos, aliada à interpretação da regra da necessidade, conclui-se que, embora as técnicas de reprodução medicamente assistida possam ser usadas para selecionar o sexo biológico do futuro filho quando necessário para evitar doença do futuro descendente (assunto que será abordado adiante), as técnicas não podem ser realizadas com o objetivo de criar embriões com finalidades de escolha de sexo – ou seja, nos casos em que for possível essa seleção, ela deverá ocorrer em momento anterior à fecundação (no caso, quando da seleção do espermatozoide).

Esse entendimento está em consonância com o que preceitua a máxima parcial da necessidade, mas também com a noção de proibição de excesso, que impõe uma análise comparativa entre os diversos meios que podem auxiliar no atendimento à finalidade buscada, para que seja adotado o menos gravoso.

Por esse motivo, entendemos não ser possível que se submeta o corpo feminino⁶ a intervenções médicas invasivas com riscos desconhecidos (em especial se não há desvios fisiológicos no processo de ovulação), bem como que o(s) futuro(s) filho(s) também seja(m) colocado(s) em situação aumentada de risco devido a uma potencial gestação gemelar, quando uma alternativa muito mais simples, barata e não invasiva (seleção de espermatozoide pelo sexo cromossômico) poderia ser adotada.

Considerações finais

Em que pese a doutrina e o próprio CFM entendam que a seleção de pré-embrião por sexo cromossômico é possível nos casos de doença genética, entendemos que a seleção de pré-embrião por sexo cromossômico

6 ⁶ Embora os homens envolvidos no procedimento de reprodução assistida também possam ser afetados (em especial, psicologicamente), as mulheres são direta e significativamente mais afetadas pelo procedimento, suportando os fardos físicos e sociais e os riscos que envolvem o procedimento (a estimulação ovariana, a coleta de ovócitos e a implantação dos pré-embriões em seu útero). Não se trata, então, de considerar apenas um dos lados e, com isso, o não atendimento ao princípio da igualdade, mas de – aqui, como em outros casos em que os efeitos possam recair de maneira diferente ou em graus diferentes em função do sexo – tratá-los com equidade. Essas realidades, portanto, devem ser reconhecidas e refletidas na política reprodutiva.

não cumpre os requisitos da máxima da proporcionalidade. A possibilidade fática de realizar o princípio da beneficência, afinal, é aferida por meio das regras da adequação e da necessidade – e essa forma de seleção não é a menos onerosa, vez que pode ser substituída por um procedimento mais barato, menos invasivo, com menores riscos à mulher que irá gestar e à(s) criança(s) fruto dessa gestação.

Referências

[CFM] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.217: Código de Ética Médica*, 27 nov. 2018.

[CFM] CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 2.294*. Diário Oficial da União, Edição 110, Seção 1, p. 60, 15 jun. 2021.

[HFEA] Human Fertilisation and Embryology Authority. *Intracytoplasmic sperm injection (ICSI)*, 2016. Disponível em: <https://www.hfea.gov.uk/treatments/explore-all-treatments/intracytoplasmic-sperm-injection-icsi/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª edição. Malheiros Editores, 2017 [1986].

BRY-GAILLARD, H.; COULONDRE, S.; CÉDRIN-DURNERIN, I.; HUNGUES, J.N. *Bénéfices et risques de la stimulation ovarienne en vue d'inséminations intra-utérines*. *Gynecologie, Obstetrique & Fertilité*, v. 28, n. 11, out. 2000. p. 820-831

COHEN, Jacques; ALIKANI, Mina; BISIGNANO, Alexander. Past performance of assisted reproduction technologies as a model to predict future progress: a proposed addendum to Moore's law. *Reproductive Biomedicine Online*, n. 25, v. 6. set. 2012. DOI: 10.1016/j.rbmo.2012.08.006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *O Princípio constitucional da proporcionalidade*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15. Região*, v. 20, 2002, p. 85-89.

LUKE, Barbara; BROWN, Morton. *Maternal morbidity and infant death in twin vs triplet and quadruplet pregnancies*. American Journal of Obstetrician and Gynecology, v. 198, n. 4, 2008.

LUNA, Florencia. Reproducción asistida y contexto local. In: LUNA, Florencia; SALLES, Arleen L. F. *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, 1 ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008. p. 281-30

MOORE, Keith; PERSAUD, T. V. N; TORCHIA, Mark. *Embriologia Clínica*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.

NUNES, Filipa Carolina. *Seleção embrionária*. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Medicina de Lisboa, 2017.

PEREIRA, Jane Reis G. *Interpretação Constitucional e Direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIERCE, Benjamin. *Genética: um enfoque conceitual*. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016.

QUEIROZ, Séphora. Relação entre dosagem de glicose e proteínas totais no plasma seminal e a sobrevivência dos espermatozóides ao congelamento e descongelamento. Dissertação (Mestrado), Medicina, UFMG, 2013.

RODRIGUES, Carla; BRANCO, Miguel; FERREIRA, Isabel; NORDESTE, Ana; FONSECA, Margarida; TABORDA, Adelaide; SILVA, Isabel ALMEIDA, Maria do Céu. *Epidemiologia da GestaçãO Múltipla Casuística de 15 Anos*. Acta Médica Portuguesa, v. 18, 2005. p. 107-111.

VELASQUEZ, Tomlyta Luz; SOUZA, Paulo Vinicius. *Bioética e Direito: uma análise dos princípios bioéticos aplicados ao Biodireito*. Revista Veritas, v. 65, n. 2, mai.-ago. 2020, p. 1- 10.